Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich = Alexanders Universität
in Erlangen.

Vierten Theils erste Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1843.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Der bisherige langsame Fortgang dieses Werks hat lediglich in der Menge meiner Amtsgeschäfte seinen Grund, denn die angefangene Arbeit unvollendet liegen zu lassen, wie das Gerücht verbreitete, war nie meine Absicht. Ich darf auch dem Publikum Hoffnung machen, daß die Fortsetzung dieses Commentars in Zukunft schneller folgen werde, weil vor der Hand für die Erleichterung meiner Facultäts-Arbeiten gesorgt worden ist. Der erste Abschnitt des vierten Bandes, den das Publikum hier erhält, faßt theils die Lehre von der Cumulation der Klagen aus dem Titel de edendo, theils die Theorie des römischen Rechts von Verträgen und Contracten in sich, welche in dem nächsten Abschnitt dieses Bandes fortgesetzt werden wird. Daß ich auch hier die Hauptstellen der Gesetze überall erklärt, und dabey die besten und neuesten Schriften benützt habe, wird ein Jeder von selbst finden. Nur eines und das andere, so meiner Aufmerksamkeit entgangen ist, muß ich hier nachholen. So muß zuförderst S. 4. zu den in der Not. 11. angeführten Schriften noch *Io. Fried.* Meissner Diss. de concursu et cumulatione actionum Goett. 1794. beygefügt werden. Sodann verdient S. 10. Not. 27. über die *L.* 130. *D. de R. I.* noch besonders *Ger.* Pan Diss. ad regulam iuris, quae extat in L. CXXX. D. de R. I. *Lugd. Batavor.* 1786. 4. nachgesehen zu werden, welcher sehr ausführlich zeigt, daß die angeführte Regel aus dem §. 1. *I. si quadrupes pauper. fecisse dicatur* zu erklären, und der Sinn derselben kein anderer sey, als daß diejenigen Klagen, welche durch die ältern, besonders durch die Zwölftafelgesetze, eingeführt worden, keineswegs durch die nachher eingeführten neuern Klagen aufgehoben worden sind, sondern daß es von des Klägers Wahl abhänge, ob er die alte oder die neue Klage anstellen wolle; dieses finde zwar vorzüglich bey Pönalklagen, doch aber bey

diesen nicht allein, sondern auch bey andern blos persecutorischen oder gemischten Klagen Statt. Ferner S. 40. Not. 13. ist über die *L.* 8. §. 1. *D. de Edendo* noch zu bemerken Koehler in Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. c. 12. §. 1. Nicht unangenehm wird es auch den Freunden der Literatur seyn, sie beyläufig zu versichern, daß der Verfasser der S. 49. Not. 39. angeführten teutschen Uebersetzung des Pandectentitels de pactis, welche die Sammlung der römischen Gesetze, Frankfurt u. Leipzig 1785. 8. enthält, und von jedem Kenner als Muster einer critisch richtigen Erklärung der Gesetze dieses Titels angesehen worden ist, mein verehrungswürdiger Freund, der Hr. Geh. Tribunalsrath Höpfner in Darmstadt sey. Er hatte, wie er mir am 27. April 1795. schrieb, noch in Giesen den Gedanken, die wichtigsten Titel der Pandecten auf diese Weise zu bearbeiten, auch mehrere wirklich ausgearbeitet. Seine Amtsveränderung aber nöthigte ihn, diesen Plan aufzugeben. Jeder Freund der eleganten Rechtsgelehrsamkeit wird hierbey gewiß mit mir dem Wunsche von ganzem Herzen einstimmen, daß es diesem so competenten Rechtsgelehrten gefallen möchte, seine übrigen meisterhaften Arbeiten dem Publicum noch mitzutheilen. Uebrigens ist S. 76. Not. 8. den daselbst angeführten Schriftstellern noch vorzüglich beyzufügen *Alex. Arn.* Pagenstecher Benedictorum lib. unus. *Bremae* 1700. Collat. IV. p. 33. sqq. Dahingegen ist S. 155. Not. 2. bey *Marc.* Lyklama statt Eccl. 18. vielmehr *Eccl.* 16. und S. 243. Z. 19. statt erklärte vielmehr milderte zu lesen. Andere minder bedeutende Druckfehler zu verschweigen.

Erlangen, den 8. April 1796.

C. F. Glück.

Fortsetzung des 13. Titels im zweiten Buch de Edendo.

§. 284. a.

Von der Cumulation und den mancherley Arten der Concurrenz der Klagen.

Zuweilen können mehrere Klagen zugleich in einer Klageschrift vorgetragen werden. Hieraus entstehet eine Cumulation der Klagen, welche also überhaupt nichts anders ist, als die Verbindung mehrerer Klagen in dem nämlichen Klageschreiben. Ob solche bey den Römern zuläßig gewesen, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Die meisten[1]) wollen behaupten, daß das römische Formularwesen eine Vereinigung mehrerer Klagen nicht gestattet habe, und dieser Meinung ist auch unser Autor. Allein zu geschweigen, daß die Klagformeln in neuern Zeiten aufgehoben worden[2]); so überzeugen uns ver=

1) Charondas Lib. III. Verisimil. cap. 7. Giphanius Antinomiar. iur. civ. Lib. IV. Disp. 41. n. 27. sq. Voet in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14. *Io. Frid.* Boeckelmann in Exercitat. ad Pandect. h. t. § 6. Wissenbach in Exercitat. ad L. libros Pandectar. Disputat. VIII. Thes. 19. *I. H.* Boehmer in doctrina de actionib. Sect. III. §. 1. Schmidt im pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 104. und Ernst Gottfr. Schmidts theoretisch = practischer Commentar über seines Vaters angeführtes Lehrbuch 1. Band. S. 159.

2) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 270. S. 534.

schiedene Stellen sowohl in den römischen Classikern als auch in unsern Gesetzen, daß die Klagformeln der Cumulation der Klagen nicht schlechthin entgegen gestanden [3]), sondern letztere nur insofern unstatthaft gewesen, als man der nämlichen Sache wegen zwey verschiedene Klagen von einerley Endzweck mit einander verbinden wollte [4]), wie schon Anton Schulting [5]) bemerkt hat. Die Anhäufung mehrerer Klagen von verschiedenem Endzweck, wenn sie nur vor einem und eben demselben Richter angestellt werden konnten, wird daher selbst im römischen Recht erlaubt [6]), ja zuweilen stand es dem Kläger frey, sogar mehrere Klagen einerley Endzwecks in einem Libell alternativisch zu vereinigen, wenn es nämlich zweifelhaft war, welche Klage in einem gewissen Falle wider den Beklagten eigentlich Statt

3) Quinctilianus Instit. Orator. Lib. III. cap. 10. *L.* 11. *pr. D. de Iurisdict. L. ult. Cod. de annal. except. Ital. contract. toll.*

4) *L.* 76. §. 8. *D. de Legat. II. L.* 43. §. 1. *D. de Reg. iur.* Eben dieses ist auch der Sinn der *L.* 6. *D. de Except. rei iudic.* wo es heißt: Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur, wie Schulting ad Iulii Pauli Sentent. Receptar. lib. V. Tit. XXXIII. §. 5. not. 22. *Iurisprud. Antejust.* pag. 532. zeigt. Man sehe auch Huber in Praelect. ad Pand. h. t. §. 10.

5) Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 7.

6) *L.* 25. §. 3. *et* 4. *D. fam. ercisc. L.* 52. §. 14. *D. pro Socio. L.* 10. *D. de Act. emti vend.* S. *Hug.* Donellus in Commentar. de iure civili Lib. XXI. Cap. 3. n. 30. sq. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß 2. Th. §. 113. c. S. 53.

finden [7]), oder welche für den Kläger die vortheilhafteste seyn möchte, und es gehörte in einem solchen Falle zum Amte des Richters, alsdann dasjenige zuzuerkennen, was die vortheilhafteste Klage mit sich brachte [8]). Jedoch ist nicht zu bezweifeln, daß die heutige Praxis von der Cumulation der Klagen vorzüglich durch Einführung des canonischen Rechts ihre Erweiterung und Bestätigung erhalten habe [9]). Eine Cumulation der Klagen läßt sich nun ohne

A 2

7) *L.* 1. §. 4. *D. Quod legator.* Quoties incertum est, quae potius actio teneat, duas dictamus, protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. Hierauf spielt auch SENECA de Clementia lib II. cap. 3. an, wenn er sagt: *Plura proponere est tutius, ne una definitio parum rem comprehendat, et, ut ita dicam, formula excidat.*

8) §. 4. *I. Quod cum eo, qui in alter. potest. L.* 41. §. 1. *D de Obligat. et Action.* In der letztern Stelle heißt es: Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantumdem aut minus, *nil consequatur*, so muß unstreitig mit Cujaz Observat. lib. III. cap. 25. und lib. XV. cap. 23. gelesen werden. Eben dieser Meinung ist auch *Franc.* HOTOMANNUS Quaestion. illustr. libro Qu. 28. pag. 213. Zwar wollen *Io.* ROBERTUS Receptar. lection. Lib. II. cap. 25. *Iac.* RAEVARDUS in Comm. ad L. 130. D. de Reg. Iur. *Em.* MERILLIUS lib. III. Variant. ex Cujacio cap. 10. und PAGENTECHER Admonitor. in Pandect. Tit. de Obligat. et Action. §. 289. diese Emendation nicht billigen, und ihnen stimmt auch IAUCHIUS in Meditat. crit. de negationibus Pandect. Florentin. Cap. 13. pag. 183. bey; allein ich zweifle, ob ihre erzwungene Erklärung bey einem prüfenden Leser Beyfall finden wird.

9) *Cap.* 2. *et* 6. *X. de Caus. possess. et propriet. Cap.* 36. *in fin. X. de Testib.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 104. und die daselbst von der Cumulation der Klagen angeführte

dem Vorhandenseyn mehrerer Rechtsmittel nicht gedenken, wenn gleich deswegen nicht bey jeder Concurrenz mehrerer Klagen immer eine Verbindung derselben in einerley Klageschrift geschehen kann, denn ob und wie die vorhandenen mehreren Rechtsmittel, ohne daß das eine dem andern hinderlich ist, zugleich in einen gerichtlichen Vortrag zu bringen sind, ist blos aus ihrer Eigenschaft und der dabey obschwebenden Absicht zu beurtheilen, wie in der Folge gezeigt werden soll[10]. Zuförderst muß ich von der mancherley Art, wie mehrere Klagen zusammen kommen können, das Nöthige vorausschicken[11]. Eine Mehrheit von Klagen

Schriften, denen nur noch beyzufügen *Io. Iac. Ios.* KIRSCHBAUM Diss. de concursu et cumulatione actionum tam de iure Rom. quam de praxi supremorum Imperii Archidicasteriorum. *Heidelbergae* 1772.

10) Schmidts Commentar 1. Band S. 159.

11) Schon der römische Jurist PAULUS hatte über diese Lehre de concurrentibus actionibus ein besonderes Buch geschrieben wie aus der Ueberschrift der *L.* 34. *D. de Obligat. et action.* und *L.* 88. *D. de furt.* erhellet. In neuern Zeiten ist dieselbe in folgenden Schriften abgehandelt worden. *Iac.* CUJACIUS Observat. lib. VIII. Cap. 24. *Franc.* HOTOMANNUS in Quaestion illustr. libro Quaest. 28. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 43. et 130. D. de Reg. iur. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXI. cap. 3. *Vincent.* CABOTIUS in var. iuris publ. et privati Disputationib. Lib. I. cap. ult. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 615.) *Io.* SUAREZ DE MENDOZA in Comment. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. 1. 2. et 3. (*Th. Meermann.* Tom. II.) *Andr. Raimund.* PAUCY Tract. de concurrentibus actionibus. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. Cap. 14. et 15. Vorzüglich *Ioseph* FINESTRES *et de* MONSALVO Dissertat. de concurrentibus actionibus ad

findet nämlich entweder blos in Absicht auf die streitenden Theile Statt, denen oder wider welche dieselben zustehen, oder sie beziehet sich auf den streitigen Gegenstand selbst, und desselben Rechtsgrund. Im ersten Falle ist eine subjective, im andern aber eine objective Concurrenz mehrerer Klagen vorhanden. Die erstere findet Statt,

1) wenn einem Kläger, der nämlichen Forderung wegen, mehrere Klagen wider verschiedene Beklagte zustehen. So z. E. wer mit einem filio familias in Ansehung des Sonderguts contrahirt hat, kann seiner Forderung wegen gegen den Vater actione de peculio, so weit solches zureicht, und gegen den Sohn ex contractu auf das Ganze klagen[12]). Denn beyde sind seine Schuldner geworden. Eben so hat derjenige, welcher mit einem Schiffs-Factor über ein demselben anvertrautes Geschäft einen Contract geschlossen, die Wahl, ob er den Schiffs-Patron mit der actione exercitoria, oder den Factor ex contractu belangen wolle[13]).

2) Können mehreren Klägern verschiedene Klagen, welche aus einerley Grunde oder obligatorischen facto her-

L. 32. D. de Obligat. et Action. in *Hermogeniano* Tom. I. pag. 601. sqq. und *Hermann. a* VIANEN Disputat. de concursu actionum. *Trajecti* ad Rhenum 1736. auctior recusa in *Ger.* OELRICHS. *Thes. novo Dissert. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. IV. pag. 259. sqq. Siehe auch *Achat. Lud. Car.* SCHMIDII Commentat. de concursu actionum. *Ienae* 1753. 4.

12) *L.* 44. *D. de peculio.* *L.* 57. *D. de iudiciis.* *Petr.* FABRI Semestrium Lib. I. Cap. 12.

13) *L.* 1. §. 17. *D. de Exercitor. act.* S. HELLFELD §. 881. dieses Lehrbuchs. Mehrere Beyspiele enthalten *L.* 76. §. 1. *D. de Furt.* und *L.* 6. §. *ult. D. Naut. caup. et stabular.*

rühren, wider eben denselben Beklagten zustehen. Z. B. so entstehen zuweilen, wie Neratius sagt, aus einer und eben derselben Injurie drey ganz verschiedene Injurienklagen, deren keine die andere aufhebt. Denn man setze, sagt er, daß Jemand meine Frau, die noch eine filia familias ist, beschimpfet habe, so stehet nicht nur mir, sondern auch ihrem Vater und ihr selbst eine Injurienklage gegen eben denselben Injurianten zu[14]). Ja zuweilen kann, wie Justinian noch hinzufügt[15]), diese nämliche Injurienklage vier verschiedenen Personen zustehen, wenn nämlich der Ehemann selbst noch unter väterlicher Gewalt stehet; denn in diesem Falle kann auch der Schwiegervater iniuriarum klagen. Endlich

3) können mehrere Klagen verschiedenen Klägern wider verschiedene Beklagte zustehen. Z. B. wenn mehrere Pupillen die noch in ungetheilter Gemeinschaft des väterlichen Vermögens sind, zwey Vormünder haben, denen die Tutel zur gemeinschaftlichen Führung übertragen worden ist, so stehet jedem derselben die actio tutelae gegen diese Vormünder zu[16]).

Ich komme nun auf die objective Concurrenz der Klagen, welche einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehen. Diese ist wieder von verschiedener Art. Die mehreren Klagen sind nämlich entweder auf ganz verschiedene Gegenstände und Zwecke gerichtet, so daß

14) *L.* 1. §. *ult. L.* 18. §. 2. *D. de Injur.* Add. *L.* 41. *D. eod.* et *L.* 2. *Cod. eodem.*

15) §. 2. *I. de Injur.*

16) *L.* 9. *pr. D. de Transact. L.* 5. *Cod. Arbitr. tutel.* Hellfeld T. II. §. 1370 seines Lehrbuchs.

keine die andere ausschließt, sondern eine jede derselben mit der ihr eigenen Wirkung angestellet werden kann, oder sie sind von der Art nicht. Im ersten Falle ist eine kumulative Zusammenkunft der Klagen vorhanden, und diese tritt in folgenden Fällen ein;

1) wenn mehrere Klagen aus einerley Quelle herrühren, oder wenn sie auch an sich einen verschiedenen Grund haben sollten, doch wenigstens durch ein gewisses Hauptfactum veranlaßt worden sind, und dabey auf ganz verschiedene Zwecke gehen [17]). So z. B. kann wegen

17) *L.* 32. *D. de Obligat. et Action.* Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit. Aus dieser Stelle erhellet zugleich, daß die Frage, in wiefern die aus einem Delict entspringende mehrere Klagen neben einander Statt finden? unter den alten römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen sey. Die verschiedenen Meinungen derselben führt Paulus in der *L.* 34. *pr. D. eodem* an, wo er den Fall entscheidet, wenn ein fremder Sklave von Jemand auf eine schimpfliche Art gemißhandelt worden. Aus diesem einzigen Factum entspringt eine zweifache Klage, die Aquilianische und die Injurienklage Verschiedene Rechtsgelehrten behaupteten nun, daß beyde Klagen nur electivisch concurrirten. Habe also der beleidigte Herr des Sklavens eine von beyden gewählt, so sey die andere erloschen. Allein diese Meinung verwirft Paulus, und hält vielmehr dafür, daß beyde Klagen Statt finden. Eben dieser Meinung war auch Ulpian, wie aus *L.* 15. §. 46. *D. de Injur.* erhellet, wo er dem Herrn des gemißhandelten Sklavens beyde Klagen die Aquilianische nebst der Injurienklage mit voller Wirkung gibt, und zwar aus dem ganz richtigen Grunde, quia altera actio ad damnum per-

eines begangenen Diebstahls nach römischem Rechte zugleich condictione furtiva und actione furti geklagt werden, ohne daß die eine Klage die andere aufhebt. Denn die actio furti gehet blos auf die Privatstrafe, die condictio furtiva aber wird auf die Erstattung der gestohlenen Sache selbst gerichtet [18]). Eben so concurrirt die actio furti mit allen Klagen aus Contracten cumulativisch, wenn mit der

tineret iniuria datum, altera ad contumeliam, adeoque duae sint aestimationes. Man sehe auch *L.* 5. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* Nur darin dachte Paulus billiger, daß er glaubte der Kläger müsse sich auf die andere Klage das anrechnen lassen, was er durch die erstere bereits erhalten; dieß dünkt mir der eigentliche Sinn der Worte der angeführten L. 34. zu seyn: Rationabilius est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit actionem, prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exequi. Denn *quod amplius in altera est*, heißt nichts anders als id, quod restat, subducto eo, quod actione priori instituta iam consecutus est actor, wie a Vianen in Diss. cit. de concursu actionum Cap. III. §. 5. diese Worte ebenfalls verstehet. Unter den mancherley Meinungen der Rechtsgelehrten über die Concurrenz der aus einem Delict entstehenden Klagen hat endlich diejenige, wie Hermogenian sagt cit. L. 32. nach vielem Dispüt das Uebergewicht erhalten, nach welcher diese Klagen alle mit Wirkung angestellt werden können, ohne daß eine die andere ausschließt. Diese Meinung wurde sowohl durch den Gerichtsgebrauch als durch Gesetze bestätigt. *L.* 20. *Cod. de Furt.* §. 1. *I. Si quadrup. paup. fec. dic.* S. Averanius Interpretat. iuris Lib. III. cap. 14. und *Fr.* Raguellus in Commentar ad Constitut. et Decision. Iustiniani. Lib. VI. pag. 392. sqq.

18) §. 19. *I. de obligat. quae ex delict. L.* 7. §. 1. *D. de condict. furt. L.* 54. §. 3. *D. de furt.*

Sache ein contractswidriger Gebrauch gemacht worden ist, z. B. mit der actione commodati[19]), mandati[20]), pro socio[21]), actione locati[22]), depositi[23]) u. d. Denn wenn gleich die actio furti und actio ex contractu eine verschiedene causam specialem haben, so sind sie doch wenigstens durch ein Haupt-Factum, nämlich durch das furtum, veranlasset worden. Ja zuweilen kann ein und eben dasselbe unerlaubte Factum wegen der dabey concurrirenden besondern Umstände mehrere Verbrechen unter sich begreifen, und daher mehrere verschiedene Klagen erzeugen. So z. B. entstand aus der Verführung eines fremden Sklavens zur Dieberey sowohl die actio servi corrupti als die actio furti, weil hier zwey besondere Verbrechen concurrirten, nämlich furtum und servi corruptela, welche das einzige factum solicitationis unter sich begriff. Der Herr des Sklavens konnte daher beyde Klagen mit vollkommener Wirkung anstellen, quia altera alteram non minuit, wie Ulpian sagt[24]). Eben so concurriren auch die aus einem Verbrechen entstehende Civil- und Crimi-

19) *L.* 5. §. 8. *D. Commod. L.* 54. §. 1. *D. de furt. Rad.* Fornerius Lib. I. Rerum Quotid. cap. 23. (in *Thes. Otton.* Tom. II.)

20) *L.* 22. §. 7. *D. Mandati. L.* 7. *Cod. de Furt.*

21) *L.* 45. *D. pro Socio.* Paulus lib. II. Sentent. Recept. Tit. XXXI. §. 26.

22) *L.* 46. *D. pro Socio. L.* 42. *D. Locati.*

23) *L.* 29. *pr. D. depositi.* Vid. *Corn. van* Bynckershoek lib. VIII. Observat. iur. Rom. Cap. 5. pag. 301. edit. *Heinecc.*

24) *L.* 11. §. 2. *D. de Serv. corrupt.* Mehrere Beispiele enthalten *L.* 14. §. 1. *D. de praescript. verb. L.* 6. *pr. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

nalklage cumulative. Denn erstere ist blos auf Privat-Satisfaction, letztere aber auf öffentliche Strafe gerichtet[25]). Also hebt eine die andere nicht auf[26]).

2) Wenn mehrere unerlaubte Handlungen an einerley Gegenstand verübt worden sind, so entstehet daraus eine Mehrheit von Klagen, deren keine die andere ausschließet[27]).

25) Z. B. das iudicium finium regundorum und die actio criminalis termini modi. *L.* 4. §. 4. *D. Fin. Regund.* Ferner das Interdictum de tabulis exhibendis und die actio criminalis ex Lege Cornelia testamentaria wegen eines unterschlagenen Testaments. *L.* 3. §. 6. *D. de Tab. exhib.* L. *un. Cod. Quando civ. act. crim. praejud.*

26) Von diesem Concursu actionum civilium cum criminalibus handelt vorzüglich Finestres in Diss. cit. Sect. II. in *Hermogeniano* pag. 687. sqq.

27) *L.* 130. *D. de Reg. iur. L.* 60. *D. de Obligat. et action.* Wo die Regel gegeben wird: Nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit. Ueber diese Regel vergleiche man Cujacius in Praelect. ad Tit. D. de Reg. iur. ad L. 130. et lib. VIII. Observat. c. 24. *Petr.* Faber in Comment. ad eand. *Leg. Iac.* Gothofredus in Commentar. ad eand. L. 130. *Vincent.* Cabotius Disputationum Lib. I. cap. 30. in *Thes. Meerm.* Tom. IV. p. 616. sq. und a Vianen cit. Diss. Cap. III. §. 6. Nun scheint zwar jener Regel der Ausspruch des Modestinus in der *L.* 53. *pr. D. de Obl. at. act.* entgegen zu seyn, wo er sagt: Plura delicta in una res plures admittunt actiones: Sed non posse omnibus uti, probatum est. Allein Modestin will nur so viel sagen, man könne die mehreren Klagen nicht immer mit der Wirkung anstellen, daß man mittelst einer jeden derselben das Ganze erhalte, sondern wenn die mehreren Klagen z. B. gemischte Pönalklagen sind, welche theils auf den Werth der Sache, theils auf Strafe gehen, so müsse man sich den Werth

Nunquam enim, sagt Ulpian[28]), plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: quia subripuit, furti; quia occidit, Aquilia tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit. Endlich

3) wenn mehrere auf verschiedene Gegenstände gerichtete Klagen, aus verschiedenen erlaubten Geschäften entspringen. Z. B. wenn der nämliche Beklagte dem nämlichen Kläger ein Darlehn, ein Kaufgeld und einen Pachtzins schuldig ist, so entstehen diese Forderungen aus ganz verschiedenen Geschäften. Die auf solche Art zusammenkommende Klagen wirken eine kumulative Concurrenz im uneigentlichen Verstande[29]). Ich gehe nun zu

der Sache, den man mittelst der einen Klage bereits erhalten, abziehen lassen, wenn man die andere Klage anstellt, denn sonst würde man einerley Sache zweymal fordern, welches gegen die Billigkeit streitet. So erklärt diese Stelle besonders Donellus in Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 3. in fin. und diese Erklärung scheint mir richtiger zu seyn, als wenn man dieselbe mit Finestres cit. Diss. P. I. §. 25. in *Hermogeniano* pag. 612. von einer unzuläßigen Cumulation erklären will. Ueberdem stimmen die Ausleger der L. 53. darin überein, daß sie blos von einem solchen Falle rede, wo die mehreren Verbrechen ex eodem facto entspringen. Daß dieses der Sinn der Worte *in una re* sey, zeigen Donellus c. l. pag. 1192. n. 60. Cujacius Observat. lib. VIII. cap. 24. Cabotius cit. loc. pag. 616. u. a Vianen cit. Diss. Cap. II. §. 10.

28) *L. 2. D. de privat. delict.*

29) Von diesem concursu actionum cumulativo handelt vorzüglich a Vianen in Diss. cit. Cap. III. und Schmidt in alleg. Commentat. Sect. IV.

dem andern Fall über, da nämlich die mehreren einen Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehende Klagen auf einen und denselben Gegenstand oder Hauptzweck gerichtet sind. Es sind hier wieder zwey Fälle zu unterscheiden. Die concurrirenden Klagen sind nämlich entweder so geeigenschaftet, daß eine die andere ausschließet, und daher der Kläger nur durch eine derselben seine Befriedigung erhalten kann, oder sie sind so beschaffen, daß wenn auch die eine bereits angestellet worden, dennoch die andere ebenfalls Statt findet. Im erstern Falle ist eine elective, im andern aber eine successive Concurrenz der Klagen vorhanden. So z. B. concurriren die actio commodati und die condictio furtiva electivisch, wenn der Commodatar die ihm geliehene Sache veruntreuet haben sollte[30]). Eben so die condictio furtiva und rei vindicatio[31]), die actio ex contractu und legis Aquiliae[32]), ferner wegen Zurückforderung des Heyrathsgutes die rei vindicatio, actio ex stipulatu und actio hypothecaria[33]); bey Vermächtniſ-

30) *L.* 34. §. 1. *D. de Obligat. et Action.* *L.* 16. *D. de condict. furt.* *L.* 71. *pr. D. de furt.* In der letztern Stelle ist unter der *actione furti* die condictio furtiva zu verstehen, wie Cujacius Lib. XVII. Obs. 12. *Io. van de* Water Observat. iur. Rom. lib. III. cap. 4. p. 267. *Iac.* Labittus Usu Iudicis Pandectar. Cap. 4. §. 1. und a Vianen cit. Diss. Cap. III. §. 2. in fin. bereits bemerkt haben.

31) §. *ult. I. de Obligat. quae ex delict.* *L.* 7. §. 1. *D. de condict. furtiv.*

32) *L.* 7. §. 8. *L.* 18. *L.* 27. §. 11. *L.* 42. *D. ad L. Aquil.* *L.* 7. §. 1. *L.* 18. §. 1. *D. Commodati.*

33) *L.* 30. *C. de Rei Vindicat.* §. 29. *I. de Action.* und *L.* 1. *Cod. de Rei Ux. act.*

sen bestimmter Sachen die **rei vindicatio, actio personalis ex testamento** und die **actio hypothecaria**[34]) u. s. w. Es erhellet zugleich aus diesen Beyspielen, daß es bey einer electiven Concurrenz der Klagen nichts darauf ankomme, ob die Klagen aus einerley oder aus verschiedenen Gründen herrühren, wenn selbige nur einerley Gegenstand betreffen und übrigens einerley Endzwecks sind. Denn so entstehet z. B. die dem Legatar zuständige **Rei Vindicatio** aus dem legalen Eigenthum, welches gleich nach dem Tode des Erblassers auf den Vermächtnißnehmer übergehet[35]); die **actio personalis ex testamento** aus dem Quasi-Contract der Erbschaftsantretung[36]), und die **actio hypothecaria** aus dem stillschweigenden Pfandrecht, welches Justinian dem Legatar auf diejenigen Güter des Erblassers gegeben hat, die dem damit beschwerten Erben zufallen[37]). Es können daher auch die electivisch concurrirenden Klagen bey ihrem übereinstimmenden Endzweck von ganz verschiedener Wirksamkeit seyn. So z. B. hat gegen den Schuldner, welcher dem Gläubiger des Anlehens wegen eine Hypothek gegeben, die **actio mutui** und die hypothekarische Klage Statt. Beyde haben den übereinstimmenden Endzweck, daß der Gläubiger dadurch zu seiner Befriedigung zu gelangen sucht. Allein sie sind von verschiedener Wirkung. Denn bey der **actione mutui** hat der Gläubiger nur ein persönliches Recht gegen den Schuldner, daß er die Schuld be-

34) *L.* 1 *Cod. Commum. de Legat.* Vergleiche auch *L.* 76. §. 8. *D. de Legat. II.*

35) *L.* 80. *D. de Legat. II.*

36) §. 5. *I. de Obligat. quae quasi et contr.*

37) *L.* 1. *Cod. Commun. Legat.*

zahle, allein bey der hypothekarischen Klage ein dingliches Recht, vermöge dessen ihm das Pfand zu seiner Befriedigung eingeräumt werden muß[38]). Soviel endlich die successive Concurrenz der Klagen anbetrifft, so können die auf solche Art concurrirenden Klagen, wenn wir auf den Grund sehen, aus welchem sie dem Kläger zustehen, von sehr verschiedener Art seyn. Dieser Grund kann nämlich I) darin bestehen, daß die Natur des einen Rechtsmittels, wenn es einmal angestellet worden, durchaus keine Wiederholung zuläßt. So sind die Erbtheilungsklage (**iudicium familiae erciscundae**) und die gemeine Theilungsklage (**iudicium communi dividundo**), bey einerley Erbschaft **actiones successive concurrentes**. Denn eine Erbsonderung kann nur einmal geschehen, also findet keine Wiederholung bey der Erbsonderungsklage Statt. Kommt in der Folge noch etwas zu theilen nach, so kann deshalb nur die gemeine Theilungsklage angestellet werden[39]). Eine andere Ursache, warum dem Kläger mehrere Klagen **successive** zustehen, kann **II**) darin beruhen, daß eine gewisse Hauptklage zuweilen ohne eine andere präparatorische oder zuförderst zu verhandelnde Klage nicht angestellet werden kann. Z. B. es hat mir Jemand eins von seinen Pferden vermacht, und zwar das Beste, was ich mir selbst wählen würde. Der Erbe will mir nun nicht alle

38) Mehrere Beyspiele von dem **concursu actionum electivo** haben **a Vianen cit. Diss. Cap II.** und **Schmidt in Comment. alleg. Sect. II. Meditat. 1. et 2.** Man vergleiche auch ***Franc.*** **Alef Diss. de electivo, quem vocant, actionum concursu.** ***Heidelbergae*** **1757.**

39) *L.* 20. §. 4. *L.* 44. *pr. D. fam. ercisc. L.* 4. §. 2. *D. Communi divid.*

in der Erbschaft befindliche Pferde vorzeigen, um mir das Beste aussuchen zu können. Hier muß ich erst actione ad exhibendum die Vorzeigung verlangen, um wider den beklagten Erben actione personali ex testamento auf die Auslieferung des mir auserlesenen Pferdes klagen zu können[40]. Die erstere Klage bahnt hier der letztern den Weg. Eben so concurriren die actio ad exhibendum und rei vindicatio, die Restitutionsklage, und die hereditatis petitio, ferner das iudicium familiae erciscundae[41]) und die hereditatis petitio, das iudicium communi dividundo[42]) und die rei vindicatio successivisch, wenn nämlich demjenigen, welcher auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft oder andern Sache klagt, und nicht in Besitz derselben ist, die Einrede, daß ihm kein Miterbschaftsrecht oder Miteigenthumsrecht zustehe, entgegen gesetzt wird[43]).

§. 284. b.

Regeln von der Klagenhäufung. I. Wenn sie subjectivisch concurriren.

Dieses vorausgesetzt, so kommt es nun auf die Frage an, wie weit mehrere Klagen mit einander in einem Libell cumuliret werden können? Hier sind folgende Grundsätze zu bemerken.

40) *L.* 3. §. 6. *D. ad exhib.* Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Th. §. 1347. Not. e. S. 229.

41) *L.* 1. §. 1. *D. fam. ercisc.* Voet in Commentar. ad Digesta lib. X. Tit. 2. §. 9.

42) *L.* 18. *D. de Exception.*

43) Von diesem concursu actionum successivo handelt ausführlich Schmidt cit. Comm. Sect. III.

I) Wenn Klagen subjectivisch concurriren, so findet nur in sofern eine Cumulation Statt, als entweder diese Klagen aus einerley Grunde herrühren[44]) und die verschiedenen Personen, welchen sie zustehen, oder wider welche sie angestellet werden können, in einer Gemeinschaft in Ansehung des Rechtsstreits stehen[45]); oder dieselben in einem solchen Verhältniß sich befinden, daß einer für des andern Schuld haften muß[46]), oder, wenn auch weder ein solches Verhältniß, noch eine Gemeinschaft in Ansehung des Rechtsstreits vorhanden seyn sollte, wenigstens die Sachen so geringfügig sind, daß dabey keine Verwirrung zu besorgen ist[47]). In Gemäßheit dieses Grundsatzes können also

44) Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 14. fin. Carpzov in iurispr. for. P. I. Const. II. Definit. 6.

45) *God. Lud.* Mencken Introduct. in doctr. de actionibus, in Commentat. gen. §. 88. sagt: litis consortes *vocantur ii, qui simul de eadem re ex eadem causa coram eodem iudice vel agunt vel conveniuntur.*

46) Es muß nur nicht etwa der eine blos in subsidium für des andern Schuld haften, so daß erst ein anderer Hauptschuldner ausgeklagt werden müßte. So kann daher der Hauptschuldner und Bürge, deßgleichen der Vormund und die Obrigkeit, welche ihn bestellet hat, nicht zugleich in einem Libell belangt werden. Rivinus in Enunciat. iuris Tit. V. En. 5. et 8. Ein anders wäre, wenn der Bürge dem beneficio excusssionis entsaget hätte. S. Schmidts Commentar über s. W. Lehrb. von Klagen III. Band §. 841. S. 391.

47) Hoffmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 240.

a) diejenigen, welche durch die nämliche Injurie theils unmittelbar theils mittelbar beschimpfet worden sind, die ihnen zustehende Injurienklage gemeinschaftlich anstellen [48]. Eben so können

b) mehrere Miterben, mehrere Gesellschaftsmitglieder u. d. zugleich klagen, oder zugleich belangt werden [49].

c) Können Eheleute, wenn sie mit einander in einer Gemeinschaft der Güter stehen, in einem Libell zugleich verklagt werden, weil einer für des andern Schuld haften muß, so gut, als wenn er solche selbst contrahirt hätte [50].

d) Wenn hingegen mehrere Gläubiger, um die Kosten zu ersparen, ihren gemeinschaftlichen Schuldner wegen ihrer ganz verschiedenen Forderungen in einem einzigen Klagschreiben zugleich belangen wollten; oder es einem Gläubiger einfiele, seine verschiedenen Schuldner in einem einzigen Libell zugleich zu verklagen, so ist diese Cumulation für inept zu halten [51]; es wäre denn, daß die exceptio ineptae cumulationis nicht opponiret würde, oder die zusammengehäuften Klagen nur geringe Forderungen beträfen, so daß keine Verwirrung dabey zu besorgen ist [52].

48) *L.* 18. §. 2. *L.* 41. *D. de Iniur.* Rivinus Enunciat. iur. Tit. V. En. 2. 3. et 4.

49) Hommel ad Menckenii doctrin. de action. not. 99. Boehmer doctr. de actionib. Sect. III. §. 12.

50) Schmidt im angef. Commentar 1. Band §. 106. Not. l. S. 161.

51) Carpzov P. I. Const. 2. Defin. 6. Schmidt a. a. O. §. 106.

52) Rivinus in Enunciat. iur. Tit. V. En. 1. et 6.

§. 284. c.

II. Von Häufung mehrerer Klagen, welche objectivisch concurriren. A) Verbindung mehrerer Klagen, welche *cumulative* concurriren.

II) Bey einer objectiven Zusammenkunft der Klagen kommt es aber darauf an, ob sie **cumulative**, oder **elective** oder **successive** concurriren.

1) Wenn Klagen cumulative concurriren, so können solche in einem Libell dergestalt mit einander verbunden werden, daß sie nicht nur zu gleicher Zeit untersucht, sondern auch durch das nämliche Urtheil entschieden werden müssen [53]). Es wird jedoch hierbey vorausgesetzt,

a) daß die gehäuften Klagen neben einander bestehen können, mithin so beschaffen sind, daß die Natur der einen Klage der andern nicht entgegen sey [54]), auch nicht etwa durch die verschiedenen Klagen das Nämliche zweymal gefordert werde. So kann daher nach dem canonischen Rechte eine petitorische Klage zwar mit einem **interdicto adipiscendae** oder **recuperandae possessionis** cumuliret werden [55]); allein wenn auf Erhaltung bey dem Besitz (inter-

53) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 86.

54) S. Schmidts öffentliche Rechtssprüche Abschn. IV. Nr. LXXXXIII. S. 620.

55) *Cap.* 2. 3. 4. 5. 6. *X. de Caus. possess. et propriet.* Nach dem römischen Recht findet keine Cumulation in Ansehung des Rechts- und Besitzstandes Statt, sondern es soll, falls über die Proprietät und Besitz zugleich ein Streit entstehet, der Besitzstand zuerst erörtert und berichtiget werden. *L.* 3. *Cod.*

dicto retinendae possessionis) geklagt wird, so kann damit eigentlich keine petitorische Klage verbunden werden, weil die Petitorienklage insgemein einem Nichtbesitzer [56]), das Interdictum retinendae possessionis aber einem Besitzer zustehet, und daher zwischen beyden Rechtsmitteln ein offenbarer Widerspruch vorhanden ist [57]). Nur allein die Confessorienklage macht hier eine Ausnahme, weil selbige auch demjenigen zustehen kann, der sich in der Quasi-Possession der behaupteten Servitut befindet [58]), folglich mit dem interdicto retinendae possessionis gehäuft werden kann [59]). So ist es ferner widersprechend, auf eine Wegegerechtigkeit zu klagen, und zugleich das Grundstück, worüber der Weg gehen soll, als sein Eigenthum in Anspruch zu nehmen. **Nam res propria nemine servire potest.** Eben so wenig kann die ästimatorische Injurienklage mit der Criminalklage cumuliret werden, weil die ästimatorische Klage eine Pönalklage ist, niemand aber mit einer doppel-

de Interdict l. H. BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. XII. §. 1—5. und Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Prozesse Abschn. II. Hptst. 2. Tit. 1. §. 34.

56) §. 2. *I. de Actionib.*

57) BOEHMER doctr. de actionib. Sect. III. §. 5. WERNHER Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 118. Danz Grundſ. des gem. bürgerl. Prozesses §. 85. Not. a.

58) §. 2. *I. cit. L.* 6. §. 1. *L.* 8. §. 3. *D. Si Servit. vindic.*

59) PUFENDORF in Observat. iur univ. Tom. II. Obs. 120. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 659. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canonici §. 683.

ten Strafe belegt werden kann[60]). Es wird bey dieser Art der Cumulation ferner

b) erfordert, daß die mit einander verbundenen Klagen nach einerley Prozeßart verhandelt werden können. Mehrere Klagen, welche ganz verschiedene Prozeßarten erfordern, z. B. eine Executivklage und eine Klage des ordentlichen Prozesses, können daher nicht zusammen genommen werden[61]). Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn das possessorium mit der auf das Recht selbst gerichteten Klage cumuliret wird[62]).

c) Dürfen die verschiedenen Klagen auch nicht vor verschiedene Gerichte gehören, sondern es muß der angegangene Richter in Ansehung der mit einander verbundenen sämtlichen Klagen zuständig seyn[63]); es wäre denn, daß durch Prorogation der Mangel der zuständigen Gerichtsbarkeit gehoben werden könnte[64]). Ferner

60) *L.* 6. *et* 7. §. 1. *D. de Iniur.* Cocceji in Iur. Civ. controv. Lib. XLVII. Tit. X. Qu. 28. Hingegen auf Wiederruf oder Abbitte und öffentliche Bestrafung des Injurianten zugleich zu klagen, gehet an. S. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1073. In wiefern überhaupt Civil- und Criminalklagen in einem Libell vereiniget und zugleich verhandelt werden können, zeigt *Chr. Frid. Ge.* Meister in Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu. *Goetting.* 1774. §. XI. sqq.

61) Hoffmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 243. Danz Grunds. des ordentl. bürgerl. Proz. §. 82.

62) Claproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Prozeß 2. Th. §. 113. c. S. 54.

63) Danz a. a. O. §. 82.

64) Claproth a. a. O. S. 54.

d) muß auch nicht etwa die Entscheidung der einen Klage von der Entscheidung der andern abhängen, weil in solchem Falle die Präjudicialklage vorher erörtert werden muß, ehe die andere davon abhängende in Untersuchung kommen kann[65]). Endlich

e) muß auch alle Verwirrung des Prozesses dabey sorgfältig vermieden werden. Zu dem Ende müssen nicht nur,

α) wenn ganz verschiedene Gegenstände durch die verschiedenen Klagen verfolgt werden, und eine jede derselben auf ganz verschiedenen Rechtsgründen beruhet, die Thatumstände, die eine jede einzelne der gehäuften Klagen veranlaßt haben, bestimmt erzählt werden, sondern es ist auch, zur Deutlichkeit des Vortrags, einer jeden einzelnen Geschichtserzählung sowohl der rechtliche Grund, als auch die Bitte jedesmal unmittelbar beyzufügen[66]),

β) dürfen auch nicht zu viele Klagen gehäufet werden, worüber der Richter nach seinem billigen Ermessen zu entscheiden hat[67]), in sofern nicht schon in der Prozeßordnung die Zahl der Klagen bestimmt seyn sollte, welche mit einander gehäuft werden können[68]).

65) *L.* 13. *C. de Rei vindicat. L.* 3. *Cod. de Interdict. L.* 1. *C. de appellat.* Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 62. S. 47.

66) Schmidts öffentl. Rechtssprüche Nr. XCIII. §. 1. Danz a. a. O. §. 81. S. 178.

67) Danz a. a. O. §. 82. Not. e.

68) So z. E. dürfen in Sachsen mehr nicht als drey Klagen cumulirt werden.

§. 284. d.

B) Electivische Concurrenz der Klagen läßt keine Cumulation derselben zu. Ausnahme dieser Regel.

2) Wenn Klagen elective concurriren, so können solche in der Regel nicht mit einander cumuliret werden. Denn diese Klagen sind auf einerley Gegenstand und Endzweck gerichtet, nun aber erlaubt es die Billigkeit nicht, das Nämliche zweymal zu fordern [69]). Man kann auch den Gegenstand derselben nicht dergestalt theilen, daß man die eine Hälfte mit der einen, die andere aber mit der andern Klage von dem nämlichen Besitzer oder Schuldner verlangen könnte [70]). Es muß demnach der Kläger von den ihm zustehenden mehreren Klagen eine wählen, welche ihm am vortheilhaftesten zu seyn dünkt [71]), und sollte es etwa zweifelhaft seyn, was der

69) *L. 57. D. de Reg. iur.*

70) *L. 76. §. 8. D. de legat. II.* Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest: quia legatum datum in partes dividi non potest. *Non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim, quae fuerat electa, legatum petere.*

71) *L. 43. §. 1. D. eodem.* Quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine una quis experiri debet. Diese Stelle ist zwar allerdings von unzuläßiger Cumulation solcher Klagen zu verstehen, welche electivisch concurriren, doch darf sie mit *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pand. de div. Reg. iuris h. L. pag. 218. und FINESTRES in Hermogeniano pag. 612. darauf nicht allein eingeschränkt werden, sondern der vollständige Sinn dieser Stelle gehet vielmehr dahin, daß man solche Klagen, die einerley Gegenstand betreffen, und den nämlichen Endzweck haben, weder zugleich noch hintereinan-

Kläger eigentlich für eine Klage von den mehreren erwählet hätte, so erfordert es die Pflicht des Richters, der Intention des klagenden Theils gemäß, diejenige für angestellt zu halten, welche demselben am vortheilhaftesten ist [72]). Hat nun derselbe durch die angestellte Klage seinen Endzweck vollkommen erreicht, so sind die übrigen Klagen hiermit erloschen [73]). Im entgegen gesetzten Falle aber kommt

der anstellen könne, wie sie *Pet.* FABER in Commentar. ad dict. L. und *Herm. a* VIANEN in Diss. de Concursu actionum Cap. II. §. 1. richtiger erklärt haben.

72) *L.* 66. *D. de Iudiciis.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 63. und Ernst Gottfr. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch 1. Band S. 96.

73) *L.* 34. §. 1. *D. de Obligat. et action.* Si is, cui rem commodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione; sed *altera actio alteram perimit*, aut *ipso iure* aut *per exceptionem*, quod est tutius. Die andere Klage erlöscht nämlich, wenn der Kläger durch die angestellte seine völlige Befriedigung erhalten, wie aus *L.* 18. §. *ult. D. de pecun. constit.* und *L.* 28. *D. de act. emti vend.* erhellet; und zwar erlöscht sie *ipso iure*, wenn sie eine actio bonae fidei ist, quia iudicia bonae fidei propter benignam eorum naturam continent in se doli mali exceptionem, ita ut etiam non opposita suppleatur officio iudicis. *L.* 84. §. 5. *D. de legat* 1. *L.* 3. *D. de Resc. Vendit. L.* 38. *D. de heredit. petit. L.* 21. *D. solut. matrim.* Hingegen *per exceptionem* alsdann, wenn dieselbe eine actio stricti iuris ist, und zwar ist dieses die exceptio doli, *L.* 25. *D. de admin. tut. L.* 3. §. 15. *D. de tab. exhib.* welche der Prätor aus dem triftigen Grunde ertheilt, damit niemand sich unter dem Schein des Rechts zum Schaden des andern auf eine unbillige Art bereichere. *L.* 1. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* S. CUJACIUS in Commentar. ad dict. L. 34. DONELLUS Lib. XXI.

es darauf an, ob die angestellte Klage verworfen worden, oder nicht, sondern der Kläger nur dadurch weniger erhalten, als er durch eine ihm ebenfalls zustehende andere Klage hätte erhalten können. Im letztern Falle findet die andere Klage wenigstens in Ansehung desjenigen Statt, was der Kläger durch die erstere noch nicht erhalten [74]); insofern

Commentar. iur. civ. cap. 3. §. Hoc modo. pag. 1190. *Petr.* FABER in Comment. ad L. 130. D. de Reg. iur. pag. 551. FINESTRES in Diss. cit. de concurrentibus actionibus P. I. §. 57. et 58. in *Hermogeniano* T. I. pag. 625. und *Herm. a* VIANEN in Diss. de concursu actionum Cap. II. §. 1.

74) *L.* 47. *pr. D. pro socio. L.* 34. §. *ult. D. de Obligat. et action.* Ueber die zweyte Gesetzstelle ist viel gestritten worden. Sie lautet folgendermaßen. Et hoc in Legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis, utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere: *quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.* Wenn ich jemanden Kleider geliehen, die er mir verdorben hat, so concurriren die actio commodati und Legis aquiliae electivisch. Wie wenn ich nun die erstere angestellt, und auch den wahren Werth meiner Kleider ersetzt erhalten habe, findet die andere Klage doch noch Statt, in so weit dieselbe nämlich darauf geht, was die Kleider binnen den nächstvorhergehenden dreyßig Tagen mehr werth gewesen sind? Die Frage war zweifelhaft, weil doch beyde Klagen nur auf Schadensersatz abzielen. Nach der gemeinen und Florentinischen Leseart pflichtet indeß Paulus der bejahenden Meinung bey. Allein der Grund, den er seiner Entscheidung beyfügt, scheint dieser Meinung ganz entgegen zu seyn. Daher wollen einige mit CUJACIUS Lib. III. Observat. cap. 25. die Negation in den

nicht etwa die Gesetze aus besondern Gründen eine Ausnah-

letztern Worten locum non habet wegstreichen, und statt derselben *locum habet* lesen. Man sehe HOTOMANNUS lib. VIII. Observat. 19. SANDE in Commentar. ad L. 43. D. de Reg. iur. und *R. I.* POTHIER in Pandectis Iustinianeis Tom. III. Tit. de obligat. et actionib. Sect. III. Art. I. nr. LXIV. not. b. pag. 285. Andere hingegen wollen, um den Paulus mit sich selbst zu vereinigen, statt die Negation in den letzteren Worten auszustreichen, noch eine dem Wort remanere beyfügen, und *non remanere* lesen, als *Frid.* HORTLEDER in lib. sing. de concursu actionum Cap. 8. *Val. Guil.* FORSTER de Interpretatione iuris Lib. I. cap. 2. n. 15. (Tom. II. *Thes. I. R. Otton.* p. 961.) auch *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXI. Cap. 3. pag. 1192. und Accursius bemerkt bey *Ant.* AUGUSTINUS Lib. I. Emendation. cap. 3. daß in einigen alten Handschriften diese Leseart wirklich gefunden werde. Was sich nur immer zur Bestärkung derselben sagen läßt, hat *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 15. angeführt, der ihr vollen Beyfall gibt. Allein schon *Io.* ROBERTUS Lib. II. Receptar. lection. cap. 22. et 25. hat beyde Emendationen verworfen, und *Emund.* MERILLIUS Observat. lib. IV. cap. 38. *Io.* SUAREZ DE MENDOZA in Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. 3. n. 13. *Siegm. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. crit. de negationibus Pand. Florent. Cap. XIII. pag. 200 *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 617. und *Herm. a* VIANEN in Diss. de concursu action. Cap. II. §. 6. haben gezeigt, daß auch nach der gemeinen Leseart und ohne alle Aenderung derselben die Worte des Paulus keinen Widerspruch enthalten, wenn man sie folgendermaßen verstehet: die actio legis Aquiliae findet allerdings nach der richtigern Meinung auch noch nach angestellter actio commodati in Ansehung desjenigen Statt, was die verdorbene Sache binnen den nächstvorhergehenden dreyßig Tagen mehr werth gewesen. Denn dieses amplius ist ein Vortheil, welchen der Kläger durch die actio commodati noch

me gemacht haben[75]). Ist hingegen dem Kläger dasjenige, was er durch die zuerst angestellte Klage gesucht hat,

nicht erhalten. Er fordert also mit der Aquilianischen Klage nicht noch einmal eben dasselbe. Nur muß freylich bey dieser letztern Klage das Simplum, das ist, der wahre Werth, den die verdorbene Sache blos zur Zeit der Coruption hatte, abgerechnet werden; denn diesen hat der Kläger schon durch die zuerst angestellte actio commodati erhalten, und nur in sofern, als die Aquilische Klage auch darauf zugleich gerichtet wird, ist sie unstatthaft. Nach dieser Erklärung wäre also der Sinn der letzteren Worte *simplo subducto locum non habet*, folgender: *quod actio legis Aquiliae locum non habeat in simplo per commodati actionem iam olim subducto*, oder wie Averanius a. a. O. pag. 428. noch besser diese Worte paraphrasirt: *quod computato et connumerato simplo, locum non habeat actio legis Aquiliae, inspecto scilicet effectu, cum ad ipsum exigendum inanis sit, et omnino inutilis.* Denn die Bedeutung des Worts *subducere* für computare, numerare ist auch den besten Classikern eigen. Hiermit stimmt auch Ulpian überein *L.* 7. §. 1. *D. commodati.*

75) So z.B. findet die actio rationibus distrahendis, ohngeachtet sie auf den doppelten Ersatz desjenigen gehet, was der Vormund treulos hatte unterschlagen wollen, dennoch nicht weiter Statt, wenn der Pupill durch die actionem tutelae bereits das Seinige wieder erhalten hat. *L.* 1. §. 21. *D. de tutelae et ration. distrah.* Die Rechtsgelehrten geben hiervon einen verschiedenen Grund an. Cujaz Lib. VIII. Observat. cap. 24. und in Commentar. ad L. 130. D. de R. I. glaubt, die actio rationibus distrahendis sey eine actio mixta arbitraria, die Anfangs nur auf das Simplum, und erst hernach, wenn der Beklagte läugnet oder ungehorsam ist, auf das Duplum gerichtet werden könne. Sie falle also weg, wenn der Pupill das Unterschlagene schon wieder erhalten. Allein Cujaz setzt hier etwas als ausgemacht voraus, was er doch

abgesprochen worden, so ist wieder zu unterscheiden, ob derselbe eine Real- oder Personalklage angestellt gehabt; im erstern Falle findet noch immer eine andere Personalklage Statt, ohne daß dem Kläger die **exceptio rei iudicatae** entgegen gesetzt werden kann[76]. Wenn hingegen die andere Klage auch eine Realklage ist, so kommt es darauf an, ob der Kläger nun einen allgemeinen Grund der Klage angeführt, oder zugleich den besondern Rechtstitel angegeben hatte, wodurch das klagbar gemachte dingliche Recht erworben worden. Im ersteren Falle findet keine weitere Realkage Statt, weil ein allgemeiner Klagegrund, aus welchem die Sache in Anspruch genommen worden, bey dinglichen Klagen alle besondere Gründe unter sich begreift[77];

erst hätte erweisen sollen. Richtiger setzt *Iac.* VOORDA Elector. lib. sing. Cap. XVI. pag. 149. den Grund darin, daß beyde Klagen ex tutelae obligatione entspringen. Hat also der Pupill einmal mit der actione tutelae geklagt, und das Seinige erhalten, so ist die aus der Vormundschaftsverwaltung entstehende Verbindlichkeit erloschen. S. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad Tit. Pandect. de tut. et rat. distrah. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 621. und *Herm. a* VIANEN in Diss. de concursu action. Cap. II. §. 9.

76) *L.* 31. *D. de except. rei iudicat.* PAULUS respondit, ei, qui in rem egisset, nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatae. Dieser Regel gemäß sagt daher Pomponius in der *L.* 9. §. 1. *D. de Furt.* daß wenn ich gegen den Dieb zuerst die Eigenthumsklage angestellt, und dadurch die mir entwendete Sache nicht wieder erhalten, so bleibe mir hernach immer noch die condictio furtiva übrig. S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 644.

77) *L.* 14. §. 2. *D. de except. rei iudicat.* Cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dice, omnes causae

dahingegen in dem andern Falle dem Kläger unbenommen ist, aus einem andern besondern Grunde eine neue dingliche Klage anzustellen, ohne daß ihm sein Gegner die Rechtskraft des vorigen Erkenntnisses entgegen setzen kann. Denn diese schränkt sich nur auf den besondern Grund ein, worauf der Kläger in dem vorigen Klagschreiben seine Ansprüche bereits vergeblich gebauet hat. Da es nun aber nicht unmöglich ist, daß der Kläger das Eigenthum der Sache auch durch einen andern Rechtstitel erworben haben kann, als auf welchen er in der vorigen Klage seinen Anspruch gegründet hatte, so darf ihm auch die successive Ausführung desselben nicht entzogen werden [78]). Eben dieses findet endlich auch in dem Falle Statt, wenn dem Kläger der nämlichen Forderung wegen mehrere Personalklagen aus verschiedenen Gründen zustehen, und die eine vergeblich angestellet worden, so kann er noch immer zu einer andern seine Zuflucht nehmen [79]). Denn eben darin unterscheiden sich, sagt Paulus im siebenzigsten Buch seines Commentars über das Edict [80]), persönliche Ansprüche von dingli-

una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest.

78) *L.* 11. §. 4. *D. de. except. rei iudic.* Caeterum si forte petiero fundum, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio. Finestres in Hermogeniano pag. 640. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band S. 94. folg.

79) *Herm a* Vianen in Diss. alleg. Cap. I. §. 9.

80) *L.* 14. §. 2. *D. de except. rei iudicat.* Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae

chen Klagen, daß erstere gegen eine und eben dieselbe Person vielerley und mannigfaltig seyn können, weil es mancherley Gründe geben kann, weßwegen mir eine Person die nämliche Sache schuldig ist. Allein der Real-Anspruch auf eine Sache ist immer nur einfach; denn was einmal mein ist, kann nicht weiter aus neuen Gründen mein werden [81]). Man setze also, ein Testator habe seinem Erben anbefohlen, diejenigen **1000** Rthlr. seiner hinterlassenen Ehefrau wieder zu bezahlen, welche sie ihm auf eine Handschrift dargeliehen. Man denke sich ferner, die Wittwe habe auch deshalb wirklich **condictione ex mutuo** gegen den Erben geklagt, aber den Prozeß verloren; kann sie nicht noch mit der **actione personali ex testamento** die im Testament ihr zugedachte Summe, als Vermächtniß, fordern? Allerdings, denn hier tritt ein ganz verschiedener Klaggrund ein [82]).

sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. Die folgenden Worte sind schon oben Not. 77. angeführt worden. Ich bemerke nur noch, daß statt debeatur vielleicht besser *saepius* oder *ex variis causis debeatur* zu lesen wäre, wie auch schon *Franc.* Hotomannus Quaestion. illustr. libro Qu. 28. pag. 209. und *Io.* Iensius in Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 454. gemeint haben.

81) Hierauf zielt auch Paulus *L.* 159. *D. de Reg. iur.* Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse, welche Stelle *Gregor.* Majansius in Disputat. iuris Tom. I. Disp. VII. §. 2. et 3. sehr elegant erklärt.

82) S. *L.* 28. §. 13. *et* 14. *D. de liberat. legat.* *L.* 93. §. 1. *D. de Legat. III.* Ein anderes Beyspiel enthält *L.* 11. §. 7. *D. de instit. act.* und *L.* 9. §. 1. *D. de tribut. act.* Vergl. Voet in Comment. ad Pandect. Lib. XIV. Tit. IV. §. 1.

Wenn nun gleich aus allem soviel erhellet, daß Klagen, welche electivisch concurriren, ihrer Natur nach nicht schlechthin cumulirt werden können, so gibt es doch Fälle, in welchen dergleichen Klagen zuweilen **alternativisch**, das ist, auf eine solche Art vereiniget werden können, daß der Kläger entweder durch die eine oder durch die andere Klage dasjenige erlange, was er zu fordern hat. Dahin gehört,

1) wenn es ungewiß ist, welche von den mehreren dem Kläger zustehenden Klagen in einem gewissen Falle wider den Beklagten Statt finden oder für den Kläger die vortheilhafteste seyn möchte [83]). So z. B. kann die **hereditatis petitio** und die **rei vindicatio** alternativisch vereiniget werden, wenn der Erbe nicht weiß, ob der Besitzer einer zur Erbschaft gehörigen Sache sich dieselbe als vermeintlicher Erbe oder als vermeintlicher Eigenthümer anmaßt [84]). Eben so die **Rei vindicatio** und **actio publiciana**, wenn der Kläger nicht weiß, ob er mit dem Beweis des wahren Eigenthums fortkommen wird [85]). Ferner die **Querela inofficiosi testamenti** und **querela nullitatis**, wenn es zweifelhaft ist, ob das Testament wegen der darin enthaltenen ungerechten Ausschließung des Klägers blos für pflicht-

83) *L. 1. §. 4. D. quod legator.*

84) Voet in Comment. ad Pand. h. t. §. 14. wie in solchem Fall das Gesuch in dem Klageschreiben zu fassen sey, lehrt Schmidt in dem theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 111. Not. o.

85) Wernher Observat. select. forens. Tom. II. Part. IX. Obs. 23.

widrig oder nicht vielmehr für null und nichtig zu erklären[86]).

2) Wenn die mehreren electivisch concurrirenden Klagen bey ihrem übrigens gleichen Endzweck von verschiedener Wirkung sind. So z. E. kann die **actio personalis ex mutuo**, mit der hypothekarischen Klage, gegen den Schuldner alternativisch cumulirt werden. Denn beyde Klagen finden gegen den Schuldner Statt, welcher dem Gläubiger des Anlehns wegen eine Hypothek gegeben[87]).

§. 284. e.

C) Cumulation successivisch concurrirender Klagen.

Endlich 3) wenn Klagen **successive** concurriren, so können solche nur in so ferne, als die eine der andern den Weg bahnt, also präparatorisch ist, und zwar mit der Wirkung cumulirt werden, daß eine nach der andern untersucht und entschieden wird, ohne daß es nöthig wäre, nach Beendigung der einen, wegen der andern ein neues Klageschreiben einzugeben[88]). Stehen hingegen selbige nicht in einem sochen Verhältniß gegen einander, so können sie mit einander nicht verbunden, son-

86) *L.* 8. §. 12. *D. et L.* 16. *Cod. de inoff. testam.* BOEHMER in doctr. de actionibus Sect. III. §. 7. et CARRACH in Adnotation. ad Eundem pag. 366. Schmidts öffentl. Rechtssprüche Abschn. IV. Nr. LXXXXIII. §. 3. S. 627.

87) Schmidt in dem theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 111. S. 164.

88) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXVI. medit. 5.

dern nur eine nach der andern, ohne Cumulation, subsidiarisch angestellet werden[89]). Z. B. so können zwar die **actio ad exhibendum** und die **rei vindicatio**, die **restitutio in integrum** und die **hereditatis petitio**, die **actio familiae erciscundae** und die **hereditatis petitio partiaria**[90]) mit einander successivisch cumulirt werden; allein die Erbtheilungsklage und die **actio communi dividundo** lassen eine solche Cumulation nicht zu, sondern sind nur nach einander allenfalls subsidiarisch zu gebrauchen, wenn etwa einige Erbschaftssachen ungetheilt geblieben wären[91]).

§. 285.

Supplicatio pro decernenda citatione.

Auf die Klage folgt nun heutiges Tages erst die Citation des Beklagten; ob nun gleich der Kläger um deren Verfügung insgemein zu bitten pflegt, so ist dieses jedoch nicht schlechterdings nothwendig, weil es von dem Richter schon von Amtswegen geschehen muß, wenn auch der Kläger nicht besonders darum gebeten hätte[92]). Das Gesuch des Klägers um die Vorladung des Beklagten (**Supplicatio pro decernenda citatione**) kann übrigens entweder in einer besondern Schrift geschehen, welche man das

89) Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 110.

90) Wenn nämlich der Kläger nicht gewiß weiß, ob der Beklagte ihn für einen Miterben anerkennen wird. S. Schmidts Commentar über seiner Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Band §. 624.

91) L. 20. §. 4. *D. fam. erciscс.* Schmidts Commentar 1. Band §. 110.

92) Reichsabsch. vom J. 1654. §. 34.

Präsentationsschreiben nennt, mittelst welchem die Klage dem Richter übergeben, und dieser um die gewöhnliche Ausfertigung auf selbige an den Beklagten ersuchet wird [93]); oder es kann solches auch in dem Klageschreiben selbst mit angebracht werden, und dieses geschiehet alsdann noch vor dem Hauptgesuch, und lautet gewöhnlich folgendermaßen: ich sehe mich demnach genöthiget, wider gedachten Titius Klage zu erheben, und ergehet daher an Ew. rc. rc. mein gehorsamstes Bitten, dem Beklagten gegenwärtige Klage geneigtest zuzufertigen, und ihn auf einen beliebigen Termin zur Einlassung und Antwort vorzuladen; demnächst aber rechtlich zu erkennen und auszusprechen, daß Beklagter rc. rc.

§. 286. a.

In wiefern kann der Beklagte vor der Einlassung die Edition der Documente von dem Kläger verlangen?

Der Klage pflegen gewöhnlich diejenigen Urkunden in beglaubter Abschrift beygeschlossen zu werden, auf welche sich der Kläger in seiner Geschichtserzählung bezogen. Die Originalien selbst beyzufügen ist weder nothwendig noch rathsam, so wie es denn auch vor der Hand genug ist, wenn nur Auszüge derjenigen Stellen beygebracht werden, worauf es in der Klage hauptsächlich ankommt. Es entstehet nun hierbey die Frage, ob nicht der Kläger angehalten werden könne, daß er dem Beklagten noch vor erfolgter Kriegsbefestigung diejenigen

93) Ein Formular eines solchen Präsentationsschreibens findet man in Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 90.

Urkunden edire, worauf sich die in seiner Klage angeführten Thatumstände gründen? Nach römischen Rechten kann der Beklagte die Vorlegung dieser Urkunden allerdings verlangen, damit er durch deren Einsicht desto besser in den Stand gesetzt wird, zu überlegen, ob er streiten oder nachgeben wolle [94])? und eben dieses war auch ehedem selbst von dem Reichskammergericht und der Reichsdeputation zu Frankfurt im Jahr **1644.** gebilliget [95]). Allein der jüngste Reichsabschied vom Jahr **1654** [96]) überläßt die Sache blos der Willkühr des Klägers, ob er seine Documente sogleich mit Uebergebung des Klageschreibens beybringen, oder selbige in dem

94) *L.* 1. § 3. *D.* und *L. penult.* §. *ult. Cod. h. t. Io.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 16. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Digest. h. t. §. 9. und besonders *Ger.* NOODT in Comment. ad Digesta h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 66. (*edit. Lugd. Bat.* 1735. *fol.*)

95) S. von Meiern Acta Comit. Ratisbon. Tom. II. p. 143.

96) §. 35. wo es heißt: Beneben bleibet einem jeden Kläger unverwehrt, sondern hiemit vergönnt, und zugelassen, auch in seine Willkühr gestellt, ob er die Probatoria, um sein selbst Bestes willen, zu Beschleunigung der Sachen, gleich bey Ausziehung der Prozessen, oder auch in dem ersten Termin, vornehmlich wenn sie in brieflichen Urkunden bestünden, mit Production und Einführung der Klage einbringen, oder sich sonsten in andere Weg zum Beweisthum gefaßt machen; oder solches alles dahin, bis der Beklagte mit seiner Verantwortung einkommen, auf den zweyten *Terminum* verschieben wolle.

ersten Termin vorlegen, oder erst nach erfolgter Kriegsbefestigung in dem künftigeu Beweistermin produciren wolle, und diese Verordnung beruhet auch wirklich auf sehr guten Gründen. Denn erstens würde oft der Kläger mit einem unnöthigen Beweis belästiget werden, wenn er schon vor erfolgter Kriegsbefestigung die zur Begründung seiner Klage erforderlichen Urkunden ediren müßte, weil man ja noch nicht weiß, ob und was der Beklagte läugnen wird. Man würde also den Kläger unbilliger Weise der Vortheile berauben, welche er aus der Antwort des Beklagten ziehen kann. Denn diese könnte ja leicht zu Gunsten des Klägers ausfallen, und ihn alles weitern Beweises überheben. Zweitens würde auch dem Beklagten dadurch öfters Veranlassung zur Chikane gegeben werden, welcher, seiner Schuldigkeit bewußt, gern nachgegeben und den Kläger befriediget haben würde, weil er sich für den Beweis des Klägers und die Verurtheilung in die Prozeßkosten fürchte, der hingegen, wenn er aus der Edition der Urkunden die Schwäche des daraus entnommenen Beweises ersiehet, sich nunmehr aufs Läugnen legen, und dem Kläger seine vielleicht gerechteste Forderung vereiteln wird. Es ist daher gewöhnlicher Weise am rathsamsten, wenn der Kläger mit den Documenten so lange zurück hält, bis sich der Beklagte erst auf die Klage eingelassen hat[97]). Der Einwurf, daß die Edition der Documente vor der Kriegsbefestigung dazu diene, damit der Beklagte überlegen könne, ob er sich mit dem Kläger in einen Prozeß einlassen oder nachgeben solle, widerlegt sich, wenn man bedenkt, daß hier-

97) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 95. S. 147.

zu kein völliger Beweis, sondern, wie schon Leyser[98]) bemerkt hat, nur einige Information nöthig sey, wozu selbst nach deutlicher Verordnung des jüngsten Reichsabschiedes[99]) die dem Beklagten zugefertigte Abschrift der Klage hinreichend ist[100]). Hiermit stimmt auch nach der Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten der heutige Gerichtsgebrauch überein[1]). Es gibt indessen allerdings Fälle, da die Edition der Urkunden noch vor der Litiscontestation gefordert werden kann. Dahin gehört,

1) wenn selbige des Klägers Legitimation zur Sache betreffen. Denn diese Legitimation gehört zu den wesentlichen Erfordernissen des Prozesses, und muß daher vor allen Dingen zu den Acten gebracht werden, weil die Gültigkeit des ganzen prozessualischen Verfahrens und des künftigen Endurtheils selbst davon abhängt, und daher der Beklagte nicht eher schuldig ist, sich auf die Klage einzulassen, als bis dieser Punkt berichtiget worden. Wenn demnach der Kläger entweder in eigenem Namen ein Recht verfolgt von dem er selbst einräumt, daß nicht er, sondern ein anderer solches ursprünglich erworben habe, z. B.

98) In Meditat. ad Pandect. Specim. XXXVIII. medit. 5.

99) *R. I. N.* §. 37.

100) Man sehe vorzüglich *Christ.* Itzstein Diss. de usu Recessus Imp. novissimi de A. MDCLIV. in iudiciis Moguntinis. *Moguntiae* 1787. Observat. I.

1) Cocceji in Iur. civ. controv. h. t. Qu. IX. Leyser cit. loc. Vol. I. pag. 390. Reinharth in Obs. select. ad Christinaei decision. Vol. I. Obs. 46. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pandect. Part. I. h. t. §. 15. Emminghaus ad Cocceji I. C. C. c. l. not. k. und Müller in Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obs. 147.

er tritt in der Eigenschaft eines Cessionars, oder Käufers einer Erbschaft, oder eines Erbens auf; oder wenn er ein Recht klagbar macht, welches eine gewisse, die Hauptsache selbst zwar nicht betreffende, aber doch solche Eigenschaft bey dem Kläger voraussetzt, ohne welche derselbe zu einer Klage von der Art, wie er angestellt hat, nicht berechtiget ist, z. E. die Qualität des Eigenthümers bey einer wegen dinglicher Dienstbarkeiten angebrachten confessorischen Klage, oder die Qualität des Lehnsherrn bey einer wegen Felonie auf Verlust des Lehns gerichteten Klage; so muß der Kläger, ehe die Hauptsache verhandelt werden kann, vorerst sich zur Sache legitimiren, das ist, er muß in dem ersten Falle darthun, wie das Recht des andern, welches er in eigenem Namen verfolgt, auf ihn übergegangen sey, oder in dem zweyten Falle zeigen, daß er die Eigenschaft wirklich habe, ohne deren Voraussetzung er zu einer Klage von der Art, als er angestellt hat, nicht berechtiget ist, und die dazu erforderlichen Documente beybringen, weil, so lange dieser Punct nicht in Richtigkeit gesetzt worden, dem Beklagten deshalb eine Einrede zustehet, vermöge deren er die Einlassung in den Rechtsstreit mit Recht verweigern kann [2]).

2) Zuweilen macht auch die Natur des angestellten Rechtsmittels die Beylegung der Documente unumgänglich nothwendig. Dieß ist der Fall bey einer Executiv- oder Wechselklage, bey welcher wenig-

2) *Io. Tom.* Carrach Diss. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam. *Halae* 1737. §. 9. Danz Grundsätze des gem. ordentl. bürgerlichen Prozesses §. 124. vorzüglich aber Herr Hofr. Gönner in den jurist. Abhandlungen 1. Theil. (Bamberg 1795. 8.) Nr. VI.

stens die Urkunde oder der Wechselbrief dem Klagelibell in Abschrift beygefügt werden muß, damit der Richter siehet, ob deshalb der Executiv- oder Wechselprozeß Statt findet[3]). Eben so erfordert die Provocation ex lege diffamari, daß der Diffamat entweder von den Documenten, worin die angegebene Aussprengung oder Berühmung enthalten, eine beglaubte Abschrift, oder wenigstens eines gerichtlich oder vor einem Notar abgehörten Zeugens Aussage der Provocation mit beylege, weil sonst Provocant gewärtigen muß, daß entweder der Richter sein Suchen zur Zeit für unstatthaft erkennen, oder wenn auch allenfalls derselbe ohne vorhergegangene summarische Bescheinigung die Ladung an den Provocaten verfügt hätte, letzterer sich doch auf die Provocation nicht einlassen werde, als wozu derselbe auch nicht eher als nach erfolgter Bescheinigung verbunden ist[4]).

3) Eine dritte Ausnahme ist, wenn der Beklagte, welcher die Edition der Documente zu seiner Information verlangt, eine in den Rechten besonders begünstigte Person ist, z. E. der Fiscus[5]). Endlich

3) Schmidt im Commentar a. a. O. Not. a. S. 147.

4) Concept der K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 27. Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 79. und 83. Claproth in der Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse Abschn. III. Hptst. XI. Tit. II. §. 273. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse Hptst. VII. §. 75. und besonders Bernh. Fried. Rud. Lauhns nutzbarer Gebrauch der Vorklage wider klare Briefe und Siegel. (Leipzig 1786. 8.) §. 17. u. 18.

5) Coccеji in iure civ. controv. h. t. Qu. IX.

4) wenn die besondere Prozeßordnung eines Landes die Urkunden, deren sich der Kläger bedienen will, dem Klageschreiben sogleich in Abschrift beyzufügen vorschreibt, wie z. B. im Hannöverischen[6]). Der Beklagte kann in diesen Fällen bitten, den Kläger mit seiner Klage ferner nicht zu hören, bevor er die verlangten Urkunden nicht edirt haben wird, und er wird, wenn diese Edition nicht erfolgt, von der Instanz losgesprochen[7]).

§. 286. b.

Edict des Prätors von Vorlegung der Rechnungsbücher der Banquiers. Beschaffenheit der actionis in factum de edendo nach römischen und heutigen Rechten.

Uebrigens kommt in den Gesetzen dieses Titels noch ein besonderes Edict des Prätors vor[8]), vermöge welchem diejenigen, die mit Ausleihung und Verwechselung der Gelder öffentlichen Verkehr treiben, (argentariae mensae exercitores, argentarii, trapezitae, mensarii[9]) so wie auch deren Erben und Agenten (nummularii[10]), collecta-

6) Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Prozesses §. 65. Not. a.

7) Schmidt in dem angef. Commentar V. Band §. 1357. S. 241. H. Hofrath Gönner a. a. O. Seite 108.

8) *L.* 4. *et sqq. h. t.* Vid. Noodt in Comment. ad h. tit. und Schulting in Enarrat. ad h. t. §. 15. seqq.

9) *Io. Gottfr.* Sieber Diss. I. et II. de argentariis. Lipsiae 1737. et 39. Hubert Diss. I. et II. de argentariis veterum in Oelrichs *Thes. Dissert. Belgicar. Vol. II.* Tit. I. n. 1. et 2.

10) Cujacius Observat. lib. X. cap. 14. sagt: nummularii, coactores, collectarii *minores argentarii sunt, aut ma-*

rii, coactores) die unter Händen habenden Rechnungsbücher einem jeden zur Einsicht vorlegen sollen, der vermittelst Eides erhärten wird, daß ihm daran gelegen sey, dieselben einzusehen[11]). Derjenige, welcher die Edition verlangte, bediente sich einer bloßen Imploration (postulatio pro tribunali facta), denn daß der Prätor eine besondere actio in factum de edendo der bloßen Vorzeigung wegen gegeben, lesen wir nirgends, wie auch schon Jakob Voorda[12]) bemerkt hat; wenn hingegen der Implorat dem Befehl des Prätors dolo oder culpa lata keine Folge leistete, so hatte gegen denselben eine actio in factum Statt, welche der Kläger auf Ersetzung alles Interesse richten konnte, das nämlich derselbe zu der Zeit gehabt hat, als der Prätor die Edition decretirte. Denn auf das jetzige Interesse wird nicht gesehen, es mag sich dermalen vermehrt oder vermindert haben[13]). Diese Klage dauert

iorum ministri et mercenarii. Per eos namque pecunias cogunt, et, quas coegere, erogant per partes, permutatione, foenore vel qua alia ratione. Man vergleiche hiermit *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Art. III. Nr. XX. Not. f. nennt sie *Des Agents de change.*

11) *L.* 6. §. 2. *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

12) Interpretat. et Emendat. iuris Rom. (*Traiecti ad Rhen.* 1768. 8.) Lib. III. Cap. 8.

13) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Is autem, qui in hoc Edictum incidit, id praestat, QUOD INTERFUIT MEA, rationes edi, CUM DECERNERETUR A PRAETORE: non quod hodie interest; et ideo licet interresse desiit, vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit, neque augmentum neque deminutionem. Die Leseart dieser letzten Worte ist streitig. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 8. will das Wort locum wegge-

nur ein Jahr, und findet nicht gegen den Erben Statt, außer insofern derselbe aus seiner eigenen Handlung belangt wird [14]), z. E. er hat die Rechnungen seines Erblassers in Händen, und weigert sich solche vorzuzeigen, oder er hat selbige aus Gefährde zu besitzen aufgehört [15]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch wird die actio in factum de edendo einem jeden gestattet, welchem aus einer gerechten und wahrscheinlichen Ursache daran gelegen ist, Documente, oder Rechnungen einzusehen, welche ein anderer besitzt, und selbige in Güte zu ediren sich weigert, und wird darauf gerichtet, den Beklagten zur Edition der geklagten Urkunde, und im Verweigerungsfall zur Ersetzung des Schadens oder auch alles Interesse anzuhalten [16]). Sie wird also nicht nur gegen Banquiers auf Vorlegung ihrer Rechnungsbücher, sondern auch gegen Notarien, Archiva-

strichen wissen, und so lesen: *actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.* Hingegen BACHOVIUS Part. I. Pandect. ad L. 6. §. 4. h. t. lieset ohne Negation: *locum actio habebit neque ad augmentum neque ad deminutionem.* Allein VOORDA a. a. O. pag. 271. verwirft beyde Lesearten, und will mit Hülfe der Basiliken Lib. VII. Tit. XVIII. cap. 8. den Text folgendermaßen emendiren: *locum actionem habere; et neque augmentum, neque deminutionem.* Was übrigens das Interesse involvirt, auf dessen Erstattung die actio in factum gerichtet wird, lehrt *L.* 10. §. 3. *D. h. t.* über welche Stelle vorzüglich *Ant.* SCHULTING in Enarrat. ad h. t. §. 18. und POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Art. III. §. VI. nr. XXXI. Not. b. sqq. verdienen nachgesehen zu werden.

14) *L.* 13. *D. h. t.*

15) POTHIER a. a. O. nr. XXXII. not. *g.*

16) Schmidts Commentar 5. Band §. 1354. ff.

rien, Secretarien[17]) und andere Personen[18]) angestellt, welche gewisse in Händen habende Urkunden nicht vorzeigen wollen, an deren Einsicht dem Kläger gelegen ist. Es setzt jedoch diese Klage jederzeit voraus, daß dem Kläger kein anderes Rechtsmittel zustehe, wodurch er zu seinem Zweck gelangen kann. Gesetzt also, er könnte die Edition der verlangten Urkunden schon vermittelst der Klagen aus dem Contract oder Quasicontract erlangen, welcher zwischen ihm und dem Beklagten vorgegangen ist, so findet die gegenwärtige Klage nicht Statt. So können wir z. B. von einem Verwalter unserer Geschäfte mit der **actione mandati** oder **negotiorum gestorum**, von einem Socius mit der **actione pro socio**; und von einem Vormunde mit der **actione tutelae** die Edition der in Händen habenden Rechnungen und darauf sich beziehenden Belege und Urkunden fordern[19]). Wird blos auf Edition, oder nur auf die Ersetzung des Schadens geklagt, so dauert die Klage heut zu Tage **30** Jahre; wird aber mittelst derselben alles Interesse gefordert, so dauert sie nur e i n J a h r[20]).

17) **Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 33.**

18) Z. E. die Erben eines verstorbenen Ehemanns verlangen Edition der Ehepacten, welche derselbe mit seiner nachgelassenen Wittwe errichtet hat, um daraus zu ersehen, was ihr der Verstorbene darin verwilliget hat.

19) *L. 9. pr. D. h. t.*

20) S c h m i d t in dem angef. Commentar V. Band §. 1358. S. 243. **Lauterbach in Colleg. Pand. h. t. §. 36.**

Lib. II. Tit. XIV.

D e p a c t i s.

§. 287.

Zusammenhang dieses Titels mit den vorhergehenden. Edict des Prätors von Verträgen, und Verhältniß desselben zu dem Zwölftafelgesetz. Bestimmung des eigentlichen Begriffs einer Convention oder Vertrags.

Warum die Verfasser unserer Pandecten die Lehre von Verträgen beym Prozeß abgehandelt haben, davon läßt sich mit Wahrscheinlichkeit folgender Grund angeben. Nach der Edition der Klage kam es nicht immer gleich zur Litiscontestation. Denn so lange wenigstens die **in ius vocatio privata** bey den Römern üblich war, war selten der Beklagte, wenn er zumal ganz unvermuthet vor Gericht gefordert worden, vorbereitet genug, um sich auf die Klage einlassen, und gegen dieselbe gehörig vertheidigen zu können. Der Beklagte konnte also um eine Bedenkzeit bitten, um bey sich reiflich zu überlegen, ob er mit dem Kläger sich in Streit einlassen, oder nachgeben wolle[21]). Die edirte Klage ward hierauf den Gerichtsacten einverleibt, und die Partheyen auf einen bestimmten Termin wieder vor Gericht zu erscheinen vorbeschieden, zu dessen Versicherung der Kläger von dem Beklagten Bürgen (vades)

21) S. meine Abhandl. de ordine iudicior. privator. apud. Rom. §. 12. (*Opuscul.* Fasc. II. pag. 332.

fordern konnte[22]). Da geschahe es nun oft, daß es unter den Partheyen zu einem Vertrag oder Vergleich kam, wodurch der ganze Streit beygelegt wurde[23]). Schon die zwölf Tafelgesetze erklärten einen solchen Vertrag der unter streitenden Theilen, um einen Prozeß zu schlichten, eingegangen worden, für gültig und verbindlich[24]). Die Wirkung eines solchen Vergleichs war, daß er nicht nur den Beklagten von der in ius vocatio und den Folgen des Ungehorsams befreiete, wie Cajus[25]) und Ulpian[26]) lehren; sondern er hob auch, als ein in den Gesetzen bestätigter Vertrag, die Klage ipso iure auf, ohne daß der Beklagte nöthig hatte, die exceptionem pacti erst vor

22) Sigonius de iudiciis Lib. I. cap. 20. Siccama de iudicio centumvir. Lib. II. cap. 1. *van* Hees Diss. de iis, quae antiquitus apud. Rom. inter litigator. ante L. C. fiebant. Cap. III. §. 43.

23) *van* Hees a. a. O. Cap. IV. §. 45.

24) Nach Gothofredus in quatuor fontibus iuris civ. heißt es: Tab. I. ENDO VIA REM, UTI PAICUNT, ORATO; das ist, wie sich die Partheyen auf dem Wege zum Tribunal des Magistrats mit einander vergleichen, das soll gültig seyn. NI ITA PAICUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSAM CONSCITO; d. i. wenn aber ein solcher Vergleich nicht zu Stande gekommen, so soll die Sache vor Gericht im Prozeß verhandelt werden. Ueber die Leseart und den Sinn dieser Worte vergleiche man die Ausleger der Zwölftafelgesetze besonders Mr. Bouchaud Commentaire sur la loi des douze Tables. Paris 1787.

25) *L.* 22. §. 1. *D. de in ius voc.*

26) *L.* 2. *pr. D. Si quis cautionib.* Ueber diese Stelle vergleiche man meine Opuscula. Fasc. II. pag. 342. Not. 92. und diesen Commentar. Th. III. §. 260. Not 6. S. 465.

Gericht anzuführen. Die nämliche Wirkung legen die zwölf Tafelgesetze namentlich demjenigen Vertrage bey, welcher wegen eines begangenen Diebstahls oder wegen zugefügter Injurien eingegangen worden [27]), worauf Paulus [28]) anspielt, wenn er sagt: *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur, ut injuriarum item furti.* Alle diese pacta hatten die Befreiung von der Klage zur Absicht. Ob aber die zwölf Tafelgesetze hiermit alle und jede **pacta de non petendo** für verbindlich erklären, ist zweifelhaft. Es muß wenigstens seine gute Ursache gehabt haben, warum der Prätor in seinem Edict zu verordnen für nöthig fand, daß er alle Verträge, die ohne Betrug, auch nicht wider die Gesetze noch zur Hintergehung derselben geschlossen worden, aufrecht erhalten wolle [29]). Daß die-

27) Von dem pacto, ne de furto agatur, heißt es: Tab. II. nach Godefroi: SI PRO FURE DAMNUM DECISUM ESCIT, FURTI NE ADORATO. Der Ausdruck *pro fure damnum decidere* bedeutet in der Sprache der XII. Tafelgesetze nichts anders als de furto pacisci, wie *Io. Car. van* WACHENDORF in Diss. de pactis nudis. Cap. II. §. 5. (in *Dissertation. Triade. Traj. ad Rhen.* 1730.) pag. 464. gezeigt hat. *Adorare* aber hieß bey den Alten soviel als agere. Von dem pacto, ne de iniuria agatur redet Tab. VII. SI MEMBRUM RUPSIT, NI CUM EO PAICIT, TALIO ESTO.

28) *L.* 17. §. 1. *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

29) In der *L.* 7. §. 7. *D. h. t.* lauten die Worte dieses Edicts folgendermaßen: *Pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, seruabo.* Am besten haben dieses Edict erläutert *Ge. Conr.* CRUSIUS in Diss. ex Ulpiani libro IV. ad Edictum de pactis et conventionibus (*Thes. Otton.* Tom. I. pag. 672. g.) *Ger.* NOODT

ses Edict, so allgemein auch desselben Worte gefaßt sind, dennoch führnehmlich von pactis nudis de non petendo oder liberatoriis zu verstehen sey, und daß die Absicht des Prätors dahin gehe, aus einem solchen Vertrage dem Beklagten eine Exception [30]) zu ertheilen, wodurch die angestellte Klage und der Prozeß sogleich im ersten Keim erstickt wird, darin sind die Ausleger desselben ziemlich einverstanden [31]). Sowohl die Ordnung dieses Edicts als die Fragmente der römischen Ausleger über dasselbe beweisen dieses deutlich. Salvius Julianus wieß demselben seinen Platz zwischen den Titeln de edendo und de in ius vocando an, gewiß aus keinem andern Grunde, als weil ein solches pactum de non petendo die angestellte Klage aufhob; und Ulpian bemerkt unmittelbar darauf, nachdem er die Worte des Edicts angeführt hatte, daß es zweierley Arten von pactis de non petendo gäbe, reale Verträge (*pacta in rem*), wenn ich überhaupt verspreche, daß ich die Schuld nicht fordern wolle, und persönliche

ad Edictum praetoris de pactis et transactionibus lib. sing. (*Oper.* Tom. I. pag. 481. edit. *Lugd. Bat.* 1735.) und *Io. Car. van* WACHENDORF cit. loc. Cap. II. §. 11. pag. 533. sqq.

30) Nur diese Wirkung der Einrede drückt das von dem Prätor gebrauchte Wort *servare* aus, wie auch schon *Io. Frid.* BOECKELMANN in Exercit. ad Pandect. h. t. Disp. XI. §. 2. bemerkt hat.

31) Vergl. *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu. Cap. XVI. nr. XII. pag. 159. (*Edit. Tubing.* 1788. 4.) *Ger.* NOODT cit. libr. sing. Cap. VI. *Ge. Conr.* CRUSIUS cit. Dissertat. §. 2. et 3. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 1. et 15. und vorzüglich *van* WACHENDORF cit. loc. pag. 547.

Verträge (*pacta in personam*) wenn es heißt, ich wolle die Schuld nur von dieser Person, z. B. von Lucius Titus nicht fordern[32]). Ja alle Beyspiele, welche derselbe hernach zur Erläuterung des Edicts anführt, reden von pactis de non petendo, z. B. wenn ich mir von Jemand versprechen lasse, daß er die actionem iudicati nicht gegen mich anstellen, oder mich nicht wegen der Anzündung seines Hauses belangen, oder keine actionem depositi wider mich anstellen wolle u. d. m.[33]). Doch hierüber ist auch eigentlich kein Streit, sondern nur darüber ist man noch nicht einig, was eigentlich der Prätor in seinem Edict neues verordnet habe? Solches mit Galvanus[34]) für eine bloße Bestätigung der oben angeführten Decemviral-Sanction zu halten, trage ich darum Bedenken, weil eine prätorische Exception da schlechterdings unnöthig war, wo das pactum schon ipso jure die Klage zernichtete. Gerhard Noodt[35]) hat dieses zwar auch nach seinem bekannten Scharfsinn richtig beobachtet, allein wenn er das Verhältniß des prätorischen Edicts de pactis zu jenem Zwölftafelgesetz dahin bestimmt, daß letzteres nur pacta de non petendo, solemnibus verbis facta, der Prätor hingegen alle und jede pacta de non petendo, wenn sie auch ohne solenne Worte eingegangen seyn sollten, für verbindlich erklärt habe; so beruhet dieser Unterschied, deucht mir, auf einer ganz unerweißlichen Hypothese, da in den angeführten Fragmenten der Zwölftafelgesetze der feyerlichen Worte nirgends gedacht wird. Richtiger würde also wohl der wahre

32) *L.* 7. §. 8. *D. h. t.*

33) *L.* 7. §. 13. 14. *et* 15. *D. h. t.*

34) a. a. O. nr. XIII.

35) cit. libr. Cap. 1. et 6.

Unterschied zwischen der Verordnung des Zwölftafelgesetzes und dem prätorischen Edict de pactis dahin zu bestimmen seyn, daß erstere nur in einigen besondern Fällen das pactum de non petendo für verbindlich erklärt, und zwar mit der Wirkung, daß dadurch die Klage ipso iure aufgehoben wird, letzteres hingegen allen und jeden pactis dieser Art die Wirkung beylegt, daß der Beklagte sich deshalb gegen die Klage mit einer prätorischen Exception schützen kann[36]. Daß indessen der Prätor die affirmativen Verträge aus seinem Edict nicht habe ausschließen wollen, sondern auch aus diesen eine exceptionem pacti oder doli gegeben habe, erhellet aus den Beyspielen, die wir in den Gesetzen dieses Titels hin und wieder finden[37]. Es ist auch unstreitig, daß der Prätor in dem nämlichen Edict eben sowohl von Transacten als Verträgen, gehandelt habe[38], wenn gleich die Verfasser der Pandecten beyde Materien in verschiedenen Titeln abgehandelt haben.

36) *van* Wachendorf a. a. O. pag. 547. sagt: *Praetor naturali aequitate motus iuris civilis supplendi gratia hoc Edicto caetera confirmavit pacta, quae iuri scripto vel non scripto eiusve sententiae non essent contraria, sine dubio ut actionem iuris civilis propter pacti fidem exceptione excluderet, non autem ut pactum nudum actione quadam tueretur; prius enim suadebat litium minuendarum utilitas, posterius negabat illarum augendarum metus.*

37) *L.* 36. *L.* 40. §. 3. *L.* 45. *D. h. t.* Finestres in Hermogeniano p. 424.

38) *van* Wachendorf cit. Diss. Cap. II. §. XI. pag. 539.

Was ist nun aber ein Vertrag[39])? Ulpian[40]) sagt, die Uebereinstimmung zweier oder mehrerer Personen in dieselbe Willensmeinung. Allein da dieser Begriff zu allgemein zu seyn scheint, so wäre derselbe deutlicher so zu bestimmen: Vertrag ist die wechselseitige Einwilligung zweyer oder mehrerer Personen in ein und eben dasselbe Versprechen, welche in der Absicht, auf Seiten des einen eine vollkommene Verbindlichkeit zu einer Prästation,

39) Die Lehre von Verträgen erläutern besonders *Arn.* Vinnius Tr. de pactis, welcher mit einigen andern Tractaten Utrecht 1722. u. 1748. 4. erschienen. *Sam.* Stryck de cautelis contractuum. *Vitemb.* 1704. 4. *Io. Gottl.* Langsdorf Tract. de pactis et contractibus Romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate Rom. *Manhemii* 1772. 4. Ein teutscher Auszug dieser schönen Abhandlung mit vielen trefflichen Bemerkungen des Herrn Prof. Hugo steht in des letztern Civilistischen Magazin 1. Bandes 4. Heft Nr. XVIII. *Io. Nic.* Grotian Specim. quo theoria pactorum et contractuum generatim sumtorum explicatur et in ordinem redigitur. *Giessae* 1754. Just. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. u. 2. Theil. Göttingen 1786. 8. und Heinrich Gottl. Nitzen Versuch über die natürliche Verbindlichkeit der Verträge. Hamburg 1782. 8. Eine teutsche Uebersetzung dieses Titels der Pandecten mit kritischen Anmerkungen enthält die Sammlung der römischen Gesetze von J. P. F. Frankfurt und Leipzig 1785. 8.

40) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. *Placitum* heißt hier id, in quo paciscentes conveniunt, seu quod inter eos placuit. *L.* 1. §. 3. *D. de pignor.* *L.* 30. *D. de pact. dotal.* S. Finestres in Hermogeniano ad L. 45. D. h. t. §. 1. pag. 424.

auf Seiten des andern aber ein vollkommenes Recht auf dieselbe zu begründen, erkläret worden ist. Ein Vertrag erfordert also seinem Begriff nach zwey wesentliche Stücke.

1) Auf Seiten des einen Theils ein Versprechen, das ist, eine Erklärung, dem andern etwas zu leisten, es bestehe nun entweder darin, daß man ihm etwas geben, oder für ihn etwas thun, oder ihm dasjenige, was man mit vollkommenem Rechte von demselben fordern konnte, erlassen, oder eine sonst erlaubte Handlung nicht vornehmen wolle.

2) Auf Seiten des andern Theils die Annehmung des Versprechens. Denn wenn wir einem etwas versprechen, so stehet es allemal noch in der freyen Willkühr desselben, ob er dieses Versprechen annehmen wolle, oder nicht. Nimmt er es nicht an, so kann er kein Recht aus demselben erhalten, und unser Versprechen ist unverbindlich. Nimmt er aber das Versprechen an, so gibt er dadurch zu erkennen, daß er eben das wolle, was der Versprechende will, nämlich die wirkliche Leistung des Versprochenen. Diese Annehmung des Versprechens muß also noch hinzukommen, um dem Vertrag sein Wesen und Daseyn zu geben, um auf Seiten des Versprechenden vollkommene Verbindlichkeit, und auf Seiten des Annehmenden vollkommenes Recht zu begründen. In diesem Zusammenkommen des Versprechens und der Annehmung desselben liegt die gegenseitige freye Einwilligung beyder Theile, als die wesentliche Grundeigenschaft eines jeden Vertrags. Ich muß hierbey noch Folgendes bemerken.

a) Es ist nicht gerade nothwendig, daß die Annehmung erst nach dem Versprechen und ausdrücklich geschehen

sey. Sie kann zuweilen auch schon zum voraus und still-schweigend geschehen, wenn das Versprechen von dem andern Theile vorher gefordert worden ist[41]). Es ist demnach, wie auch Ulpian[42]) behauptet, ein gültiger Vertrag, wenn Titius mich um etwas angesprochen, und ich ihm solches zugesaget habe. Ja die Worte *rogavit* TITIUS, *spopondit* MAEVIUS, wenn sie in einem Vertragsinstrument vorkamen, bezeichneten bey den Römern sogar eine Stipulation, wenn man nicht beweisen konnte, daß sie nicht in der Absicht zu stipuliren, sondern nur zu paciſciren beygefüget worden.

b) Daß außer dem Versprechen und der Annehmung desselben auch noch die Einwilligung des Versprechenden in diese Annehmung hinzukommen müsse, ist ebenfalls nicht er-

41) *Praecedens rogatio vim habere acceptationis intelligitur*, sagt schon GROTIUS in iure belli ac pacis Lib. II. Cap. XI. §. 14.

42) *L.* 7. §. 12. *D. h. t.* Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri, ROGAVIT TITIUS, SPOPONDIT MAEVIUS: haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio: nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium. *Pacta* heißen hier scripturae, quae pacta et conventiones quaslibet continent, Vertragsinstrumente, wie BYNCKERSHOEK ad L. 40. D. de reb. cred. cap. 5. in Opuscul. Tom. I. pag. 22. bereits bemerkt hat. Die Worte *non tantum pactionis loco accipiuntur, sed et stipulationis* hält NOODT de pactis Cap. 10. in fin. für eine Hysterologie. Allein HUBER in Eunom. Rom. pag. 107. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. L. 1. cap. 2. §. 1. pag. 8. und *Io. Bernh.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. 1. Cap. V. §. 4. pag. 36. vertheidigen die gemeine Leseart.

forderlich. Denn der Versprechende ist durch sein Versprechen auf den Fall bereits vollkommen verbunden, wenn von der andern Seite die Annehmung hinzukommt. Es ist folglich nach geschehener Annehmung der Fall, daß der Versprechende in dieselbe nicht consentiren könnte, nicht weiter möglich, mithin der Consens in die Annehmung schlechterdings überflüßig[43]).

§. 288.

Wer kann nicht paciſciren?

Verträge erfordern die freye Einwilligung der Paciscenten, wer also die natürliche oder moralische Fähigkeit nicht hat, welche zur Erklärung einer verbindlichen Einwilligung erfordert wird, kann keinen gültigen Vertrag schließen. Unfähig zu paciſciren sind also

1) Rasende und wahnsinnige Personen, weil ihnen der Gebrauch des Verstandes, und mithin auch die Freiheit des Willens abgehet. Für diese schließt der Curator alle Geschäfte. Haben sie jedoch Zeitpunkte, in denen die Vernunft in ihre Rechte wieder eintritt, (**dilucida intervalla**) so können sie in solchen Zwischenräumen gültige Verträge schließen[44]). Nur muß erforderlichen

43) Anderer Meinung ist zwar Daries in seinen Institut. iurisprud. univ. §. 414. und 415. allein man sehe Rießen über die natürl. Verbindlichkeit der Verträge §. 4. 5. u. 6.

44) *L. 2. C. de contrah. emt. vendit.* Intermissionis tempore furiosos, maiores viginti quinque annis, venditiones et alios quoslibet contractus posse facere, non ambigitur. Thomasius in Diss. de praesumtione furoris adque dementiae. *Halae* 1719. §. 31. will zwar läugnen, daß es eigentliche dilucida intervalla

Falls erwiesen werden können, daß sie bey Schließung des Vertrags ihres Verstandes vollkommen mächtig gewesen, weil dilucida intervalla bey wirklich Verrückten nicht vermuthet werden[45]). Verschiedene Rechtsgelehrten wollen diese Grundsätze auch auf die Zornigen anwenden, und deren Handlungen und Verträge für ungültig halten[46]). Allein eine solche allgemeine Regel enthalten die Gesetze

gebe; er nimmt nur Zeitpunkte an, in denen der Wahnsinn sich minder heftig zeigt, und solche hätten sich auch nur die alten römischen Juristen gedacht. *L.* 14. *D. de offic. praes. L.* 22. §. 7. *D. sol. matrim. L.* 20. §. 4. *D. qui testam. fac. poss. L.* 18. § 1. *D. de acquir. possess.* Erst Justinian habe die dilucida intervalla erfunden. *L.* 9. *C. qui testam. fac. poss.* und die neuern Rechtslehrer hätten ihm nachgebetet. Sonderbar! wie konnte ein Gesetzgeber so etwas ersinden? Daß auch die alten Rechtsgelehrten solche intervalla gekannt, beweisen *L.* 14. *D. de offic. praes.* und *L.* 20. §. 4. *D. qui testam. fac. poss.* deutlich, und deren Möglichkeit setzt die Erfahrung und das Zeugniß der Aerzte außer Zweifel. Zacchias Quaest. med. legal. Lib. II. Tit. I. qu. 21. Man sehe hier vorzüglich Hrn. Hofr. Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th §. 105.

45) Ich habe hiervon in dem 2. Theil dieses Commentars §. 117. S. 124—126. ausführlicher gehandelt.

46) *Iul. a* Beyma in Commentar. in Tit. Pandect. de Verbor. Significat. et de div. Reg. iur. ad L. 48. D. de R. I. pag. 315. Lauterbach Diss. de ira §. 22. et 23. Hymmens Beyträge zu der jurist. Literatur in den Preuß. Staaten. VI. Samml. S. 24. Göz Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 1. Band 2. St. Nr. XII. S. 259. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 6. S. 14. u. a. m.

nicht[47]), und die Erfahrung lehrt, daß der Zornige, auch bey dem heftigsten Affect, nicht wirklich verrückt sey[48]). Kann also nicht deutlich nachgewiesen werden, daß wegen körperlicher Umstände des Zornigen, oder sonst eintretender Nebenursachen, derselbe bey diesen oder jenen Aeußerungen, seiner wirklich nicht bewußt gewesen[49]); so läßt sich bey den Handlungen und Verträgen des Zornigen an sich keine Ungültigkeit annehmen[50]). Eben dieses ist von den Ver-

47) Man beruft sich zwar auf *L.* 48. *D. de Reg. iur.* wo gesagt wird: **Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse: ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur.** Allein schon Perez in Tr. de matrimonio Disp. I. Sec. III. n. 12. hat bemerkt, daß dieses Gesetz nur auf Ehescheidungen gehe, welche bey den Römern außergerichtlich geschehen konnten. Wenn nun ein Mann seine Ehefrau im Zorn verstoßen, sie aber bald hernach wieder zu sich genommen hatte, so entstand die Frage, ob diese Wiederaufnahme als eine neue Ehe anzusehen, oder ob dieselbe eine bloße Fortsetzung der vorigen Ehe bewirke? Auf diese Frage ist die Regel dieses Gesetzes einzuschränken. Der Jurist entscheidet nun für die Fortdauer der Ehe. Ganz natürlich, weil keine wahre Ehescheidung vorhanden ist, wenn die Trennung nicht animo perpetuam constituendi dissensionem geschehen, wie *L.* 3. *D. de divort.* sagt, wo die Worte der *L.* 48. *D. de R. I.* noch einmal vorkommen. S. *Iac.* Cujacius in Praelect. in Tit. Dig. de div. Reg. iur. ad dict. L. 48. *Iac.* Gothofredus in Commentar. in Tit. Pandectar. eund. ad cit. L. pag. 230. und Fornerius Rer. quotidian. Lib. I. Cap. 8. in *Thes. Otton.* Tom. II. p. 135.

48) Das Sprüchwort: *ira furor brevis est,* enthält nur eine moralische, aber keine rechtliche Wahrheit.

49) Nettelbladt Elem. iurisprud. natur. §. 580.

50) Man sehe hier vorzüglich Ernst Christ. Westphals Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des

trägen einfältiger und melancholischer Personen zu behaupten, obwohl bey diesen Vorsicht zu empfehlen ist, wie Einfältige sich leicht mit der Einrede des Betrugs und der listigen Ueberredung schützen können [51]); und bey letztern die Melancholie zuweilen einen solchen Grad erreicht haben kann, daß sie der Seele Einsicht und Bewußtseyn raubt [52]). Eine körperliche Krankheit hindert übrigens die Gültigkeit der Verträge nicht [53]). Ja es kann sogar ein Sterbender, sofern er noch bey vollem Verstande ist, seine Einwilligung zu einem Vertrage gültig ertheilen [54]), nur wird im Zweifel nicht vermuthet, daß ein Mensch im Todeskampf noch den vollen Gebrauch seiner Vernunft gehabt habe, weil solche Personen, die mit dem Tode ringen, gemeiniglich ihrer Sinnen und ihres Verstandes nicht mehr mächtig sind [55]).

Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen. (Halle 1784. 4.) Kap. I.

51) *L.* 1. *pr. D. de dolo malo.* Vergl. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 124.

52) ZACHIAS Quaest. med. legal. Lib. II. Tit. I. Qu. 9. STRYCK Diss. de dementia et melancholia. Cap. IV.

53) *L.* 27. *Cod. de Transact.*

54) *L.* 42. §. *fin. D. de mort. caus. donat.*

55) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de effatis agonizantium, praes. *Sam.* STRYCK Cap. I. §. 9. Claproth in der angef. Rechtswissenschaft 1. Th. §. 6. S. 13. Göz in den angef. Beyträgen zur pop. Rechtsgelehrs. 1. Band S. 257. Anderer Meinung ist jedoch CARPZOV in Iurisprud. for. P. III. Const. 5. def. 1. allein die in den *L.* 2. 10. *et* 12. *D. qui testam. fac. poss. L.* 3. *C. eod.* und *L.* 15. *Cod. de testam.* enthaltene Verordnungen scheinen lediglich in der Begünstigung der Testamente ihren Grund zu haben.

2) Höchst betrunkene Personen sind den Sinnlosen gleich zu achten[56]). Ein mit solchen eingegangener Vertrag ist demnach ohne Wirkung. Trunkenheit in einem geringen Grade, die den Verstand nicht ganz beschränkt, noch das Bewußtseyn raubt, macht den in solchem Zustande geschlossenen Vertrag nicht ungültig. Wer übrigens aus diesem Grunde einen Vertrag für ungültig erklärt wissen will, muß den Beweis seines Vorgebens übernehmen, weil Trunkenheit im Zweifel nicht vermuthet werden kann. Wenn nun gleich aus der Vielheit und der Stärke des Getränkes, so jemand zu sich genommen, eine Wahrscheinlichkeit, daß er betrunken gewesen sey, entstehet, so kann doch daraus allein, wenn nicht noch andere Umstände hinzutreten, noch nicht immer eine solche Völlerey geschlossen werden, die den Gebrauch des Verstandes völlig geraubt hätte, es kann indessen der Paciscent unter solchen Umständen, in Ermangelung anderer Beweismittel zur eidlichen Bestärkung seines Angebens, daß er zur Zeit des geschlossenen Contracts seiner Trunkenheit wegen völlig sinnlos gewesen, gelassen werden[57]).

3) Gerichtlich erklärte Verschwender, denen die Obrigkeit die eigenmächtige Verwaltung ihrer Gü-

56) *Cap.* 7. *Caus. XV. qu.* 1. sagt: Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent. Add. *Can.* 5. *Dist.* 36 *Can.* 3. *Dist.* 35. *Cap.* 14. *X. de vita et honest. Clericor. Henr.* Bodinus in Diss. de iure circa ebrietatem. *Halae* 1697. rec. 1705. Cap III. und *Gustav. Ge.* Biermann Diss. de eo quod iustum est circa ebrium. (*Altorfii* 1742.) §. 10 sqq. Add. Stryck de cautel. contractuum Sect. I. Cap. II. §. 12.

57) Bodinus in der angef. Dissert. Cap. V. Biermann cit. Diss. §. 17.

ter untersagt, und einen Curator an die Seite gesetzt hat, können nur blos über ihr Vermögen ohne Einwilligung ihres Curators nicht gültig paciſciren [58]). Denn sie werden in Absicht auf die Verwaltung ihrer Güter den Rasenden gleich geachtet [59]). Es entstehet daher aus den Verträgen, die solche Personen ohne Zuziehung ihres Curators über ihr Vermögen geschlossen haben, nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, sondern sie sind durchaus ungültig, wenn selbige auch mit einem Eide bestätiget worden, dergestalt, daß nicht allein keine Klage wider den Verschwender Statt findet, sondern auch die etwa geschehene Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens zurückgefordert werden kann [60]). Ist ein Bürge dem Versprechen einer solchen Person beygetreten, so ist auch dieser an sich und aus seiner Intercession zu nichts gehalten, weil es widersprechend seyn würde, ihm die Erfüllung einer Verbindlichkeit aufbürden zu wollen, welche nicht vorhanden ist [61]).

58) *L.* 6. *D. de Verbor. Obligat.* Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari; et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. Add. *L.* 3. *Cod. de in integr. restitut. minor.* S. Coccejі Ius Civ. Controv. h. t. Qu. 32.

59) *L.* 1. *D. de Curat. furios.* *L.* 12. *in fin. D. de tut. et curat. dat.* *L.* 40 *D. de Reg. iur.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 127.

60) Stryck de caut. contract. Sect. I. Cap. II. §. 15. Claproths Rechtswissenschaft von Eingehung der Verträge §. 9. S. 25.

61) *L.* 6. *cit. de Verb. obligat.* Zwar scheint *L.* 25. *D. de fideiussor.* entgegen zu seyn, in welcher es heißt: Si quis pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato, *prodigove*, vel fu-

Solche Verträge hingegen, welche blos ihre Person be=

rioso fideiusserit, magis est, *ut ei non subveniatur:* quoniam his mandati actio non competit. Allein man denke sich den Fall, daß ein Bürge, welchem die wahre Beschaffenheit der vorgegebenen Hauptschuld nicht verborgen gewesen, die Intercession gerade zu dem Ende eingegangen hätte, um den Gläubiger wegen der Ungültigkeit des Hauptgeschäfts zu sichern; so wird man es nach diesem Gesetz nicht unbillig finden, wenn alsdann der Bürge haften soll. Denn der Schuldner, dessen Verbindlichkeit das Gesetz für unwirksam erklärt, bleibt doch immer dabey gedeckt, weil der Bürge, welcher wußte, daß der Hauptschuldner zu nichts gehalten sey, auf keine Weise den Regreß gegen denselben nehmen kann. Es wird folglich durch die Verurtheilung des Bürgen der Absicht des Gesetzgebers in keinem Betracht zuwider gehandelt, vielmehr ist anzunehmen, daß ein Bürge, welcher wissentlich dem Gläubiger dasjenige zu bezahlen versprochen, was er den Rechten nach gar nicht zu fordern hat, nur seine Person hauptsächlich habe verbindlich machen, und gleichsam dem Gläubiger etwas schenken wollen. Dieß ist, wie mich dünkt, der wahre Aufschluß dieser so sehr bestrittenen *L.* 25. *D. de fideiussor.* wie *Abrah.* Wieling in Praetermissis ad Labitti usum indicis Pandectar. pag. 220. *Iurisprud. restitutae*, *Io. Ortw.* Westenberg de causis obligationum Dissert. I. Cap. IV. §. 19. (*Oper. a* Iungio *editor.* T. I.) und Hr. Prof. Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 3. Abtheil. IX. Abschn. §. 113. gründlich gezeigt haben. Ich übergehe die verschiedenen zum Theil sehr erzwungenen Erklärungen und Emendationen anderer Rechtsgelehrten, und verweise auf Cujacius ad L. 6. D. de Verb. obl. Duarenus ad eand. L. Contius Lection. subseciv. Lib. II. cap. 3. Faber Conjectur. iur. civ. L. VIII. cap. 5. et 6. Raevardus Varior. Lib. II. cap. 9. Leoninus Emendat. Lib. I. cap. 19. Lycklama *a* Nyholt Membran. Lib. VI.

treffen, sind gültig [62]); und daß Verschwender auch, ohne Beyseyn ihres Curators, ein ihnen gethanes Versprechen zu ihrem Vortheil annehmen, und ihre Vermögensumstände hierdurch verbessern können, leidet keinen Zweifel [63]).

4) Kinder unter sieben Jahren können nach römischem Rechte nicht einmal ein vortheilhaftes Versprechen gültig annehmen [64]), geschweige sich verbindlich machen [65]). Denn die Gesetze sprechen Personen von solchem Alter fast allen Verstand ab [66]). Es findet zwar in Ansehung derselben die besondere sehr günstige Ausnahme Statt,

Eclog. 8. Fornerius Lib. III. Select. cap. 24. Constantinaeus Subtil. Enodat. Lib. I. cap. 1. (*Thes. Otton.* T. IV.) Catharinus Observat. et Conject. lib. II. c. 8. (*Thes. Meerm.* T. VI.) Noodt Commentar. ad Tit. Dig. de minorib. §. *non minus elegans.* Averanius Interpretat. iur. Lib. II. cap. 7. Bynckershoek Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 20. Reinoldus Varior. cap. 43. (*Opucs.* pag. 234. sqq.) et ad Mercerii Conciliator Not. 76. pag. 47. sqq. *Ev.* Otto Praefat. ad Tom. IV. Thes. Iur. Rom. pag. 20. Iensius Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 470. und *Bav.* Voorda in Not. ad *Ian. a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. tituloslocaq. select. iur. civ. (*Lugd. Bat.* 1773. 4.) pag. 317 — 322.

62) Claproth a. a. O. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 737.

63) *L. cit.* 6. *D. de Verb. Oblig. L.* 3. *D. de Novation. Sim. Pet.* Gasser Diss. de pactis claudicantibus. *Halae* 1735. §. 53. sqq.

64) *L.* 70. *D. de Verb. Obl. L.* 26. *Cod. de Donation.* Schulting in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 16.

65) §. 10. *I. de inutil. stipulat.* Vinnius in Comm. ad h. §.

66) *Cit.* §. 10. *I.* quia huiusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum. Add. *L.* 1. §. 13. *D. de Obligat. et action.*

daß sie von geschenkten Sachen durch körperliche Apprehension unmittelbar selbst Besitz erwerben können[67]), wozu andere der Vernunft beraubte Personen

67) *L.* 3. *Cod. de acquir. et retin. possess.* Der K. Decius rescribirt hierin an einen gewissen Rufinus folgendergestalt: Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. Die meisten Ausleger schränken dieses Rescript, und, wie ich glaube, mit Recht blos auf die Erwerbung des Besitzes geschenkter Sachen ein, und behaupten, daß es außerdem bey der Regel bleibe, nach welcher ein Kind für sich allein, und ohne Auctorität des Vormundes, einen eigentlichen Besitz im Sinne des Civilrechts nicht erwerben könne: weil es den dazu erforderlichen Willen, und die Absicht, die Sache für sich zu haben und zu behalten, nicht habe. *L.* 1. §. 3. *L.* 32. §. 2. *D. de acquir. vel amitt. posses.* Die Ausnahme von dieser Regel in dem besondern Falle, wenn eine bewegliche Sache zum Geschenk gegeben worden, drücke der Kaiser durch das Wort *interim* aus, welches also hier so viel heiße, als in hoc speciali casu donationis. S. Galvanus de Usufructu Cap. XXXIII. §. 14. (pag. 489. *edit. Tubing.*) Bachovius ad Treutlerum Vol. II. P. II. Disp. XXI. Th. III. lit. A. Perez ad Tit. Cod. de acquir. et ret. possess. §. 9. Stryck de caut. contract. Sect. I. Cap. II. §. 6. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 766. Not. b. Es fehlt indessen nicht an Rechtsgelehrten, welche dieses Rescript ausdehnend von einer jeden andern Besitzergreifung verstehen wollen; denn da es hierbey nur auf ein bloßes Factum ankomme, so könne solche nach Maasgabe dieses Gesetzes von einem Kinde auch ohne Mitwirkung des Vormundes geschehen.

nicht fähig sind [68]); allein deßwegen ist doch ein ihnen geschehenes Versprechen anders nicht verbindlich, als wenn solches von dem Vormunde, oder einer andern Person zum Besten derselben und in ihrem Namen acceptiret worden ist [69]).

Unser Verfasser scheint selbst dieser Meinung zu seyn, und eben dieses haben auch Cocceji in Iur. Civ. contr. h. t. Qu. XXX. Exc. 1. und insonderheit *Aug. Iac.* Cuperus in Observat select. de natura possessionis. (*Lugd. Bat.* 1789.) P. II. Th. 24. zu behaupten gesucht. Sie sagen der Kaiser gedenke der Schenkung nur darum, weil er gerade über einen solchen Fall befraget worden sey. Daß aber das Rescript darauf nicht einzuschränken, beweise der aus Papinians Gutachten entlehnte Rechtsgrund, und auch in den Basiliken Lib. L. Tit. 2. (*Thes. Meermann.* Tom. VII. pag. 49.) stehet nichts von Schenkungen. Das Wort *interim* beziehe sich also auf die Zeit der Kindheit, und den Zustand der Gemüthsfähigkeit. Allein man wird dieser Meinung schwerlich Beyfall geben, wenn man Westphal im System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 121. gelesen hat. Vergleiche auch *Lud.* Charondas Verisimil. L. II. cap. 6. (*Thes. Otton.* Tom. I. pag. 745.)

68) *L.* 1. §. 3. *D. de acquir. vel amitt. possess.* S. auch den 2. Th. dieses Commentars §. 179. S. 506.

69) Hofacker Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 993. Nach der *L.* 26. *C. de donat.* konnte auch ein Sklave des Kindes die Schenkung acceptiren. Claproth in der angeführten Rechtswissenschaft §. 6. S. 11. behauptet zwar, daß heut zu Tage einem Kinde etwas, so zu seinem Vortheil gereicht, gültig gesprochen werden könne, wenn das Kind nur darein gewilliget hat. Allein diesem stehet entgegen, daß ein Kind, nach den in Teutschland geltenden Gesetzen nicht gültig consentiren kann, vielmehr demselben der zur Erklärung einer gültigen Einwilligung erforderliche Verstand abgesprochen wird §. 10. *I. de inut. stip.*

5) Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können zwar durch Verträge Rechte erwerben, und ihren Zustand verbessern[70]), wenn sie gleich der Kindheit näher als der Pubertät sind[71]), allein in sofern sie sich dadurch verpflichten wollen, sind die Verträge derselben nach dem Civilrecht anders nicht gültig, als wenn sie mit Concurrenz und Einwilligung des Vormundes sind geschlossen worden[72]). Es fragt sich aber, ob dem Unmündigen, der ohne Zuziehung des Vormundes paciscirет hat, nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit obliege, dasjenige zu erfüllen, weßhalb die bürgerlichen Gesetze keine Klage wider denselben gestatten? Die Frage ist unter den neuern Rechtsgelehrten sehr streitig, und es scheint, daß selbst die alten römischen Juristen hierüber nicht mit einander einig gewesen, wie sich aus den Stellen ergiebt, welche aus ihren Schriften in den Pandecten aufbehalten sind. Denn Neratius[73]) läugnet ausdrücklich, daß ein Pupill, der

70) §. 9. *I. de inutil. stipulat. L.* 28. *pr. D. h. t. L.* 9. *pr. D. de auctorit. et consens. tutor. L.* 5. *D. de Reg. iur.*

71) §. 10. *I. de inutil. stipul. Sed in proximis infantiae* propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, *ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.*

72) *Princ. I. de auctorit. tutor. L.* 5. *L.* 9. *D. auct. et cons. tutor. L.* 43. *D. de Obligat. et act. L.* 1. *Cod. de inut. stipul.*

73) *L.* 41. *D. de condict. indeb.* Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promisserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura debet. Ant.* Schulting in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 18. und Thes. controvers. Decad. XLIV. §. 9. will in dieser Stelle statt *sine tutoris auctoritate* mittelst einer Gemination *SIne* d. i. *si sine tutoris auctoritate* lesen; Haloander, und

ohne Auctorität seines Vormundes etwas versprochen, hieraus nach dem natürlichen Rechte verbindlich werde, und meint daher, daß dasjenige, was derselbe wirklich schon bezahlet hat, zurückgefordert werden könne. Ja Licinius Rufinus[74]) gehet so weit, daß er auch sogar in dem Falle, da der Pupill Geld anlehnsweise aufgenommen, das Daseyn einer natürlichen Verbindlichkeit verneinet. Allein Ulpian[75]), Marcian[76]), Paulus[77]) und Papinian[78])

Ant. Faber in Rational. ad h. L. wollen hingegen zwischen den Worten *promisserit*, *solverit*, ein ET einschalten. Allein daß hier keine Emendation nöthig sey, zeigt *Corn. Ant. van* Wachendorff in Observat. ad Leges quasd. ex iure civ. (*Traj. ad Rhen.* 1756.) Cap. III. §. 2. in Oelrichs *Thes. nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 173.

74) *L.* 59. *D. de Obl. et Act.* Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali* obligatur.

75) *L.* 1. §. 1. *D. de Novat.* Qualiscunque obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut *naturaliter*, utputa *si pupillus sine tutoris auctoritate promisserit.*

76) *L.* 44. *D. de Solut.* In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione *duae obligationes* tollantur. Veluti si *pupillo*, *qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit*, legatum a creditore fuerit sub ea conditione: si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse, et *in debitum suum*, ut in falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum consequatur. Ferner: *L.* 64. *D. ad SCtum Trebell.* Si eius *pupilli*, cui *sine tutoris auctoritate* pecunia credita erat, restituta ex eo Senatusconsulto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam; atqui heres, si post restitutionem volvat, repetet; non ob aliud, quam quod ab eo in me *naturalis obligatio* translata intelligitur. Man vergleiche

lehren gerade das Gegentheil. Man hat sich viele Mühe gegeben, diesen Widerspruch zu heben[79]), allein vergeblich;

über die letztere Stelle Westphals hermeneut. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1708.

77) *L.* 21. *pr. D. ad Leg. Falcid.* Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutuo data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac conditione: Si decem, quae acceperit, heredi reddiderit; una numeratione et implet conditionem, et liberatur *naturali obligatione.* Adeo autem et *soluere* videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus erat, mortuo, *nihil repetere possit.* S. Iensii Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 325. sq.

78) *L.* 25. §. 1. *D. Quando dies legator.* Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet. Si Sejus *pupillus sine tutoris auctoritate* nummos accepisset, nec locupletior factus esset, et petitor ad praesens debitum verba retulit: quia nihil eius debet, nullius momenti legatum erit. Quod si verbo *debiti naturalem obligationem* et futuram solutionem cogitavit, interim nihil erit, si Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit, non secus ac si dixisset: Titio dato, quod pupillus solverit. Ueber diese Stelle vergleiche Westphal im angef. Buche §. 889.

79) Die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten erzählen *Petrus Pentoja de* Ajala in Comm. in L. fin. Cod. de Aleator. (*Thes. Otton.* T. IV. col. 1074.) *Ge.* D'Arnaud variar. Conject. Lib. II. cap. 22. *Io. Car. van* Wachendorf Dissertation. Triade pag. 431. sqq. und besonders *Car. Fried. Guil.* Schmid in Diss. sist. Leges quasd. potiores tituli Digestor. de negotiis gestis expositas, praes. *Car. Christph.* Hofacker def. *Tubing.* 1787. p. 19. sqq. Die beiden vorzüglichsten Meinungen sind die Meinung des Martinus und die Meinung des Accursius. Ersterer glaubt in seiner Glosse über L. 25. de Fideiussor. die angeführten verschiedenen Gesetzstellen dadurch zu vereinigen, wenn er diejenigen, in welchen dem Pupillen eine

daher ich denjenigen beyzutreten kein Bedenken finde, welche behaupten, daß die obige Frage unter den verschiedenen Secten der alten römischen Rechesgelehrten wirklich contro-

natürliche Verbindlichkeit aufgelegt wird, blos von dem Falle erklärt, da der Pupill mit dem Schaden eines andern sich reicher befindet. Diese Meinung vertheidigen CUJACIUS ad L. 25. §. 1. D. Quand. dies legator. und ad L. 127. D. de V. O. *Hub.* GIPHANIUS in Lectur. Altorfin. ad L. 46. D. de Obl. et Act. p. 630. sqq. RITTERSHUSIUS in Comm. ad princ. I. de *auctorit. tutor.* p. 111. *de* AJALA c. l. und unter den neuern *Sac. Herm. ab* IDSINGA Disp. de mutuo et vet. literarum obligatione praes. *Abrah.* WIELING *Franequ.* 1736. hab. Cap. V. §. 7. (in OELRICHS *Tes. nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. T. I. p. 159.) Allein ihr stehen die *L.* 1. *D. de Novat. L.* 95. §. 2. *D. de solut.* und *L.* 25. §. 1. *D. Quando dies legator.* offenbar entgegen, welche von der natürlichen Verbindlichkeit eines solchen Pupillen reden, der sich nicht bereichert hat. Aus diesem Grunde hat daher die Meinung des Accursius mehreren Beyfall gefunden. Dieser unterscheidet zwischen Pupillen, welche der Kindheit und solchen, welche der Pubertät am nächsten sind, und meint, daß letztere durch Verträge sich naturaliter verpflichten könnten, erstere aber nicht. Doch sey diese natürliche Verbindlichkeit nur in sofern von Wirkung, als es darauf ankommt, andern Personen deßhalb eine Verbindlichkeit aufzulegen. Die vornehmsten Anhänger dieser Meinung sind DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XII. cap. 22. p. 602. n. 60. und ad L. 127. D. de V. Obl. *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. in priores XIII. libros ex XX. Quaestion. Q. Cervidi Scaevolae. Tract. V. ad L. 127. D. de V. O. (*Thes. Meerman.* T. II. pag. 444. sqq. WESTENBERG de causis obligationum Dissertat. I. Cap. IV. §. 14—17. *Ge.* D'ARNAUD c. l. *van* WACHENDORF c. l. SCHMIDT cit. Diss. u. a. m. Allein daß es auf diesen Unterschied auch nicht ankomme, beweißt *L.* 25. *D. de fideiuss.*

vers gewesen[80]). Beurtheilt man die Sache blos nach dem Recht der Vernunft, so kommt alles auf die individuellen Verstandeskräfte des paciscirenden Unmündigen an. Hat selbiger nun die erforderliche Einsicht von dem, was er unternimmt, so ist kein hinreichender Grund vorhanden, dem Vertrage eines Pupillen seine Gültigkeit nach natürlichen Rechten abzusprechen[81]). In dieser Hinsicht haben unstreitig diejenigen römischen Juristen Recht[82]), welche behaupten, daß aus den Verträgen der Unmündigen, wenn sie auch ohne Auctorität ihrer Vormünder eingegangen worden, eine natürliche Verbindlichkeit, das ist, eine solche Verbindlichkeit entstehe, welche das Naturrecht aner-

80) *Em.* Merillius Observat. Lib. VII. cap. 4. et 5. *Gottfr.* Mascov Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 14. pag. 195. sqq. und *Car. Frid.* Walch in Not. ad Eckhardi *Hermeneut. iur.* Lib. I. cap. IV. §. 158. pag. 299. sqq. Es will zwar D'Arnaud a. a. O. pag. 363. einwenden, daß die oben angeführten Gesetzstellen aus den Schriften solcher Rechtsgelehrten genommen worden, welche zu einer Zeit gelebt, wo die Secten aufgehört hätten. Allein daß Neratius ein vorzüglicher Anhänger der Proculianischen Secte gewesen, hat *Christ. Gottl.* Richter in Exercit. de Neratio Prisco ICto. *Lips.* 1788. Cap. V. gezeigt, und selbst die Iureconsulti herciscundi hielten es bald mit Proculus, bald mit Sabinus. S. Mascov c. l. Cap. VIII.

81) S. Schulting Diss. de Obligatione naturali Cap. 10. Grotius de iure belli et pactis lib. II. cap. XI. §. 5. Glafey Vernunft- und Völkerrecht S. 436.

82) Hierher gehört auch noch die Stelle des Cajus *L.* 1. §. 13. *D. de Obl. et Act.* Qui loqui potest, creditur et stipulari et *promittere recte posse.*

kennt[83]). Allein da die bürgerlichen Gesetze dem Unmündigen bey Schließung der Verträge keine gehörig überlegte Willenserklärung zutrauen, und daher die vollkommene Verbindlichkeit desselben von der Auctorität seines Vormundes abhängig machen; so entstehet nun die Frage, was dieser natürlichen Verbindlichkeit für eine Wirkung im Gericht beyzulegen sey? Hier merke man sich folgende Hauptsätze.

1) Den Pupillen selbst kann für seine Person diese Verbindlichkeit auf keine Weise belästigen; sondern in Absicht auf diesen haben die bürgerlichen Gesetze derselben alle Wirkungen entzogen, in sofern er selbst in Anspruch genommen wird. Es ist dieses nicht nur denjenigen Gesetzen der Pandecten gemäß, in welchen gesagt wird, daß dem Pupillen, der ohne Auctorität seines Vormundes etwas versprochen, auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit obliege; denn da diese Verbindlichkeit in den bürgerlichen Gerichten nicht anerkannt wird, so ist sie freylich, in Absicht auf den Pupilleu, so gut, als gar keine[84]); sondern

E 2

83) Paulus in *L.* 84. §. 1. *D. de div. Reg. iuris* sagt: *Is natura* debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

84) Justinian selbst sagt dieses ganz deutlich in dem §. 3. *I. quib. mod. toll. obligat.* wenn es daselbst heißt: obligatio pupilli, a quo quis sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, nulla est. Man vergleiche hier vorzüglich Bachovius ad Treutlerum Vol. I. Disp. VI. Thes. V. Lit. B. pag. 233. Voet in Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XXVI. Tit. 8. §. 4. Westenberg de causis obligationum Dissertat. I. Cap. IV. §. 15. Huber in Praelect. ad Institut. iur. civ. Lib. III. Tit. XX. §. 2. 3. et 4. und Schulting in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 18.

eben dieses bestätiget auch die Analogie neuerer Gesetze. Denn da auch sogar ein Minderjähriger, der unter der Curatel stehet, in Dingen, welche sein Vermögen betreffen, sich ohne Zustimmung des Vormundes keinesweges verbindlich machen kann, vielmehr nach deutlicher Vorschrift der Gesetze eben so, als ein gerichtlich erklärter Verschwender, behandelt werden soll, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliegt [85]); so muß dieses noch vielmehr von den Verträgen der Unmündigen gelten, da es eine richtige Regel ist, daß den Pupillen in dem Falle gar keine Verbindlichkeit treffen könne, in welchem der Minderjährige nur aus einem solchen Vertrage nicht verbindlich wird, den er über sein Vermögen geschlossen hat [86]). Hieraus folgt also, daß nicht nur keine Klage wider einen solchen Unmündigen Statt findet, der ohne den Vormund etwas versprochen, sondern sogar dasjenige, was derselbe zur Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens etwa schon gegeben hat, zurückgefordert werden kann [87]).

85) *L.* 3. *Cod. de in int. restitut. minor.* — Cum non absimilis ei habeatur minor, curatorem habens, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est.

86) Vid. Emminghaus in Not. ad Cocceji ius civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 30. not. f. pag. 246.

87) *L.* 9. *I. de inutil. stipulat. L.* 1. *Cod. eod. L.* 41. *D. de condict. indeb.* Man sieht hieraus, daß die Gesetze den Schluß von Zurechnung der Vergehungen auf Gültigkeit der Verträge bey Unmündigen billig nicht gelten lassen. Denn wird der Pupill einer zu Schulden gebrachten Vergehung wegen gestraft, so gereicht das zu seiner Besserung. Kommt er aber durch Verträge um sein Vermögen, so fällt er dem Staate zur Last.

2) Wenn es hingegen blos darauf ankommt, anderen Personen deshalb eine Verbindlichkeit aufzulegen, so haben die auch ohne des Vormunds Einwilligung eingegangenen Rechtsgeschäfte der Unmündigen ihre völlige Wirkung [88]). Verträge, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit einem Pupillen eingegangen, sind daher dergestalt gültig, daß von seiner Seite auf die Erfüllung des geschlossenen Handels gedrungen werden kann, wenn desselben Aufrechterhaltung ihm zum Vortheil gereicht. Es entstehet hieraus ein so genanntes hinkendes Geschäft, welches nur auf Seiten des andern Theils, welcher mit dem Unmündigen contrahirt hat, nicht aber auf Seiten des letztern verbindlich ist [89]). Auch der Bürge, welcher für das Versprechen des Pupillen gut gesagt hat, kann deshalb mit Recht in Anspruch genommen werden, und hat an das Vermögen des Mündels keinen Regreß [90]). Sogar bey dem

88) S. Hrn. Geh. Trib. Rath Höpfners Commentar über die Institutionen §. 734. und *Io. Christ.* BRANDENBURG Commentat. expon. differentias iur. Rom. inter pupillos et minores tutores ac curatores. (*Hanov.* 1793. 8.) §. 23.

89) *Princ. Instit. de auctoritate tutor.* Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate: deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, *ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur,* at invicem pupilli non obligantur. — *L.* 13. §. 29. *D. de action. Emti Vend.* Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus. *Nam, qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*

90) *L.* 35. *D. de Recept. L.* 42. *D. de jurejur L.* 127. *D. de Verb. Obligat. L.* 25. *D. de fidejussor.*

Erben des Pupillen ist die natürliche Verbindlichkeit desselben nicht ohne Wirkung. Dahin gehört, daß derselbe, wenn er die ohne Auctorität des Vormunds contrahirte Schuld seines unmündigen Erblassers einmal bezahlt hat, das Bezahlte nicht wieder zurückfordern kann [91]); derjenige hingegen, welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hat, wenn er in der Folge desselben Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des Falcidischen Viertels sich auszugleichen hat, seine ganze Forderung, mithin nicht blos dasjenige, wodurch der Pupill reicher geworden, in Anrechnung zu bringen befugt ist [92]). Daß auch die Schuld des Pupillen eine Novation zulasse, verordnen die Gesetze deutlich [93]). Endlich

3) ist es zwar außer Zweifel, daß ein Unmündiger aus seinen ohne vormundschaftlicher Auctorität geschlossenen Contracten in dem Fall vollkommen verbindlich werde, da der Gläubiger beweisen kann, daß der Pupill durch den geschlossenen Handel reicher geworden [94]), weil es schon in der natürlichen Billigkeit gegründet ist, daß sich niemand mit des andern Schaden bereichere [95]). Allein eben so gewiß ist es auch, daß diese Verbindlichkeit keine blos natürliche, sondern eine durch die bürgerlichen Gesetze bestätigte Verbindlichkeit sey, weßhalb nach der Verordnung des

91) *L.* 64. *pr. D. ad SCtum Trebell.*

92) *L.* 95. §. 2. *D. de Solut.*

93) *L.* 1. §. 1. *L.* 9. *D. de Novat.*

94) *L.* 5. §. 1. *D. de auct. tutor. L.* 13. §. 1. *D. de condict. indeb. L.* 9. *et* 10. *D. de instit. act. L.* 3. *pr. D. commodati. L.* 1 §. 15. *D. depositi.*

95) *L.* 14. *E. de condict. indeb.*

Kaiser Antoninus Pius eine actio utilis gegen den Unmündigen Statt findet[96]).

Soviel endlich 6) die Verträge der Minderjährigen anbetrifft, so ist nach dem römischen Rechte in Absicht auf die Gültigkeit derselben ein Unterschied zwischen Minderjährigen, die keinen Vormund haben, und solchen, welche damit versehen sind. Ein Minderjähriger bekam nämlich nach dem römischen Rechte bekanntermaßen wider seinen Willen keinen Curator, sondern nur alsdann, wenn er selbst darum anhielt[97]); hatte er aber einmal einen

96) *L. 5. pr. D. de auct. tutor. L. 3. pr. D. Commodati.* S. *Ant.* Schulting in Diss. de naturali obligatione. Cap. X. (inter Eiusdem *Commentat. academ. Halae* 1770. 8. edit. Dissert. I. pag. 28.) Uebrigens haben von dieser Controvers über die natürliche Verbindlichkeit der Pupillen besonders Cocceji in Iur. Civ. controv. h. t. Qu. XXX. Hr. Prof. Weber in der system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2. Abth. §. 71. S. 265. ff. und *Io. Frid. de* Meyer in Comment. de eo, quod interest inter tutelam et curam aetatis, nec non inter impuberes et minores iure Rom. ac Germ. *Goett.* 1792. §. 19. gehandelt.

97) *L. 13. §. 2. D. de tut. et curat. dat. L. 2. §. 4. et 5. D. qui pet. tutor. L. 43. §. 3. D. de procurat.* und besonders §. 2. *I. de Curator.* Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar das Gegentheil behaupten, und glauben, ein Minderjähriger habe müssen um einen Curator bitten, als *Franc. de* Amaya Lib. I. Observat. cap. 8. n. 15. *Ant.* Schulting ad Ulpiani fragmenta Tit. XII. §. 4. Not. 11. in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 606. Heineccius in Antiquit. Rom. iurisprud. illustrant. Syntagm Lib. I. Tit. XXIII. §. 8. et 9. *Ge. Conr.* Crusius in Diss. ad constitutionem D. Marci de curatoribus minorum (in Fellenberg *iurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 575.) Schroe-

Curator bekommen, so stand es ihm nicht frey, denselben nach Gutbefinden wieder abzudanken, sondern er mußte

der Observat. iur. civ. pag. 28. u. a. m. Allein man sehe dagegen VINNIUS in Comment. ad §. 2. I. de Curator HUBER in Digressum Iustinian. Lib. III. cap. 15. 16. et 17. *Guil de* HERTOGHE Diss. Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans s. Exercit acad. ad §. 2. I. de Curator. contra *Iac.* RAEVARDUM, sub. praef. *Christ.* WILDVOGEL hab. *Ienae* 1720. (*Opuscul. iurid.* a *Io.* WUNDERLICH edit. *Hamburgi* 1768. 8. Nr. 1.) *Io. Th.* SEGER Diss. brev. curarum historiam tract. *Lips.* 1763. §. 10. sqq. (*Opuscul.* ab Ill. KLÜBER edit. p. 122. sqq.) Höpfners Commentar über die Institutionen § 226. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 700. BRANDENBURG in Comm. expon. differentias l. R. inter pupillos et minores, tutor. ac curatores §. 14. et 15. und besonders *Io. Frid. de* MEYER in Commentat. cit. de eo quod interest inter tutelam et curam aetatis nec non inter impub. et minores §. 14—18. Daß es indessen Fälle gegeben, wo ein Minderjähriger bey den Römern einen Curator haben mußte ist nicht zu läugnen, und die mancherley Hindernisse, welche sich einer solchen Person bey Verwaltung ihres Vermögens in Weg legten, und selbige öfters nöthigten, deßhalb die Obrigkeit anzugehen, mochten Ursache seyn, weßhalb die meisten Minderjährigen um beständige Curatoren gebeten haben. Hieraus erklärt sich, wenn Ulpian *L.* 1. §. *ult. D. de minorib.* sagt: Hodie in aetatem usque viginti quinque annorum adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. Daß es aber dessen ungeachtet noch immer viel Minderjährige gegeben haben müsse, die sich keinen Curator bestellen lassen, beweisen die von solchen Minderjährigen in den Gesetzen vorkommende Beyspiele *L.* 7. §. 2. *D. de Minor. L.* 1. *C. in quib. caus. in int. restitut L.* 1. *C. qui pet. tut. L.* 3. *C. de in int. rest. minor. L.* 3. §. 2. *D. ad SCt. Maced.*

ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten [98]). Derjenige Minderjährige nun, welcher keinen Vormund hat, kann nach römischen Gesetzen, seines minorennen Alters ungeachtet, in der Regel über das Seinige frey disponiren, und durch rechtliche Handlungen sich sowohl als andere verbindlich machen, und nur, wenn er eine nicht ganz unbeträchtliche Verletzung erweisen kann, gestatten ihm die Gesetze, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen [99]). Daß also die von solchen Minderjährigen eingegangene Verträge an sich gültig sind, ist nach römischem Rechte keinem Zweifel unterworfen [100]). Nur die Veräußerung und verpfändung unbeweglicher Güter ist ihnen ohne Einwilligung der Obrigkeit nicht erlaubt [1]). Denn in Absicht auf diesen Punkt sollen nach einer gewissen Verordnung des Kr. Justinians alle Minderjährige gleiche Rechte haben [2]). Stehet hingegen ein Minderjähriger unter der Curatel;

98) Ulpian bemerkt in der *L. 3. pr. D. de minorib.* daß die Kaiser nur sehr selten einem Minderjährigen veniam aetatis ertheilt hätten. S. VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 4.

99) *L. 3. Cod. de in int. restit. minor.*

100) *L. 7. §. 1. L. 11. §. fin. D. de Minorib. L. 3. §. 2. D. ad SCtum Macedon. L. 36. D. de noxal. act.* Vid. COCCEJI in iure civ. contr. h. t. Qu. 31. *de* MEYER cit. Commentat. §. 21. BRANDENBURG Comment. alleg. §. 24.

1) *De* MEYER c. l. Höpfner c. l. §. 227. S. 210. lit. c.

2) *L. 3. Cod de his, qui ven. aetat. impetrav.* — In quarum (sc. *rerum immobilium*) alienatione vel hypotheca decretum illis necessarium est, qui necdum veniam aetatis meruerunt: *ut similis sit in ea parte conditio* MINORUM OMNIUM, *sive petita fit, sive non, aetatis venia.*

so kann er zwar solche Verträge, die blos seine Person betreffen, oder wodurch er sich nur zur Leistung eines persönlichen Factums verpflichtet, ohne seines Curators Einwilligung gültig eingehen; z. B. eine Ehe schließen[3]), seine Dienste um einen Lohn vermiethen, einen Auftrag zur Besorgung fremder Geschäfte übernehmen u. d.[4]), weil ein Curator nach römischem Rechte nicht, wie der Tutor, zur Erziehung und Aufsicht über die Person, sondern hauptsächlich zur Administration des Vermögens bestellet wird[5]). Allein ob ein solcher Minderjähriger, welcher einen Vormund hat, sich auch in Sachen, welche sein Vermögen betreffen, ohne jenes Einwilligung verbindlich machen könne, und ob daher die von demselben über sein Vermögen eingegangene Verträge nach römischem Rechte, auch ohne vormundschaftliche Genehmigung für gültig zu halten? ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten noch nicht einverstanden sind. Viele, denen auch unser Verfasser beystimmt, sind der Meinung, daß solche Verträge an sich nicht ungültig, sondern für den Minderjährigen allerdings verbindlich wären, nur daß freylich der Curator sich der Erfüllung derselben widersetzen könne, weil dieser zu nichts verpflichtet sey, wenn das Geschäft ohne seine Zuzie-

3) *L.* 20. *D. de Ritu nuptiar.* Sciendum est, ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla, an non, quia officium eius in administratione negotiorum constat. *L.* 8. *C. de nupt.* In wiefern Minderjährige pacta dotalia eingehen können, erörtert Brandenburg cit. Commentat. §. 31. pag. 65. sq.

4) *de* Meyer cit. Comment. §. 20.

5) §. 2. *I. de Curator. L.* 20. *D. de rit. nupt. Ant.* Faber in Iurisprud. Papinianea Tit. XXIII. Princ. I. pag. 1082. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 696.

hung geschlossen worden. Es könne also zwar so lange, als die Curatel dauert, eine von dem Minderjährigen etwa versprochene Veräußerung nicht vor sich gehen; allein, sobald die Curatel aufhöre, und wenn dann der minderjährige, nun majorenn gewordene Contrahent nicht etwa die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten könnte, so stehe die Verbindlichkeit fest, und gebe dem andern ein Klagerecht [6]). Man beruft sich deshalb auf einige Stellen der Pandecten, in welchen ohne Einschränkung gesagt werde, daß Minderjährige auch ohne Beytritt ihrer Curatoren sich durch Versprechungen verbindlich machen könnten. Denn so sagt Modestinus in der *L.* 101. *D. de Verb. Obligat. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Das nämliche lehre Paulus, wenn er in der *L.* 43. *D. de Obligat. et action.* sagt: Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis, in welcher

6) Die vornehmsten Vertheidiger dieser Meinung sind Bachovius ad Trentlerum Vol. I. Diss. VI. Th. V. Lit. C. *Zach.* Huber in Diss. de obligatione puberum ad L. 101. D. de V. O. (in eius *Dissertat. iurid.* Franequ. 1703. P. I. p. 369. sqq.) *Ulr.* Huber in Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. XX. §. 5. Heineccius in Not. ad Vinnii Comment. ad Instit. Lib. III. Tit. XX. §. 9. *Io. Guil.* Marckart Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 21. u. 22. Püttmann Probabil. iur. civ. Lib. I. cap 20. pag. 149. *Io. van der* Linden ad Voet Comment. in Pandect. Tit. de Minoribus §. 52. und der Verfasser der Abhandlung über die Fähigkeit der Minderjährigen, sich verbindlich zu machen, welche in dem 6ten Theile des von Hagemann und Günther herausgegebenen Archivs für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit (Helmstädt 1792. 8.) Nr. I. enthalten ist.

Stelle die Worte *suae potestatis* nicht etwa von einem solchen Minderjährigen zu verstehen wären, der keinen Curator hat, sondern blos in der Absicht beygefügt worden, um einen patremfamilias puberem von einem Pupillen zu unterscheiden, der noch unter der Gewalt eines Tutors stehet, und von welchem er gleich nachher sagt: eum *sine tutoris auctoritate* non obligari iure civili. Dieser Gegensatz gebe nicht undeutlich zu erkennen, daß Paulus von einem solchen Minderjährigen rede, der wirklich einen Curator hat, dessen Fähigkeit, auch ohne vormundschaftlichen Beystand zu contrahiren, um so weniger bezweifelt werden könne, da sogar ein minderjähriger Filiusfamilias, welcher doch in Absicht seines Peculiums dem Vater gewiß mehr untergeben sey, als ein minor sui iuris dem Curator, sich nach Vorschrift der Gesetze [7]) gültiger Weise, auch ohne Einwilligung des Vaters, verbindlich machen könne, und ihm nur blos im Falle einer erweißlichen Läsion durch Restitution zu helfen sey. Allein andere, welche das Gegentheil behaupten [8]),

7) *L.* 141. §. 2. *D. de Verbor. Obligat.* *L.* 3. §. 4. *D. de Minorib.*

8) *Io.* Mercerius Opinion. et Observat. Lib. I. cap. 6. (*Thes. Ottonian.* Tom. II. col. 1561.) *Io.* Robertus Animadvers. iur. Lib. I. cap. 12. *Marc.* Lycklama *a* Nyholt Membranar. Lib. VII. Eccl. 15. *Arn.* Vinnius in Comment. ad §. 9. I. de inutil. stip. n. 5. *Io.* Voet in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 52. *Ant.* Schulting Enarrat. part. pr. Digestor. h. t. §. 20. et 21. *Ger.* Noodt de pactis et transactionibus. Cap. 20. *de* Cocceji Iur. civ. controv. h. t. Qu. 31. Dompierre *de* Jonquieres Specim. de Restitutionibus in integrum. (*Lugd. Batav.* 1767. 8.) Tit. IV. §. 24. pag. 219. *de* Berger Nov. iure controv. Tom. I. Obs. 47. Adolph Diet. We=

setzen jenen nicht ohne Grund die Verordnung der Kaiser Diocletians und Maximians entgegen, welche in der L. 3. *Cod. de in integr. restitut. minor.* an einen gewissen Attian folgendermaßen rescribirt haben: *Si curatorem habens minor* quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, *hunc contractum servari non oportet*, cum non absimilis ei habeatur *minor curatorem habens*, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. Si vero *sine curatore constitutus* contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non brohiberis. Es ist hier von einem Minderjährigen die Rede, welcher Sachen ohne Einwilligung des Curators verkauft hatte, und die Frage, welche hier entschieden worden, war die, ob der Contract zu Recht bestehe oder nichtig sey? Das Gesetz unterscheidet, ob Minor schon zur Zeit der unternommenen Veräußerung einen Curator gehabt, oder damals noch mit keinem Vormund versehen gewesen. Im erstern Falle wird die Veräußerung, welche der Minderjährige ohne Zuziehung des ihm beygeordneten Vormundes unternommen, für ungültig erklärt, und zwar aus dem Grunde, weil ein unter der Curatel stehender Minderjähriger dem gleich zu schätzen sey, welchem der Prätor seiner verschwenderischen Haushaltung wegen die Verwaltung seines Vermögens genommen, und der Curatel unterworfen hat. Daß aber ein sol-

ber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2. Abth. §. 72. *Io. Frid. de* Meyer Comment. cit. de eo, quod interest inter tut. et curam aetatis §. 19. pag. 40. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 227. *Io. Christ.* Brandenburg in Comment. alleg. expon. different. iur. Rom. inter pupillos et minores. §. 27. u. a. m.

cher gerichtlich erklärter Verschwender gültig nichts veräussern könne, ist außer Zweifel. Im letztern Falle hingegen wird dem Minderjährigen nur erlaubt, bey erweißlicher Läsion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, mithin, daß das Geschäft an sich nicht ungültig sey, hierdurch zu erkennen gegeben. Ob nun gleich diejenigen, welche dem ohnerachtet die Nullität der von Minderjährigen über ihr Vermögen ohne Genehmigung ihrer Curatoren eingegangenen Verträge nicht zugeben wollen, dieses Gesetz so zu erklären wissen, daß es ihrer Behauptung nicht entgegen stehet, indem sie die Worte: *hunc contractum servari non oportet*, so verstehen wollen, daß nur der Vormund, so lange er da ist, durch seinen Widerspruch die Wirkung des Contracts zum Besten seines Pflegbefohlnen hindern könne, der Minderjährige selbst aber aus seinem Versprechen für seine Person dergestalt verbindlich sey und bleibe, daß er nach erlangter Volljährigkeit auf die Erfüllung desselben belangt werden könne; so ist doch diese Erklärung offenbar gezwungen, und dem Inhalte des Textes ganz entgegen. Denn daß die Worte *servari non oportet* vielmehr so viel heißen sollen: der Contract sey an sich nichtig, er brauche nicht gehalten zu werden, und es bedürfe hier keiner Restitution, sieht man theils aus dem von den Gesetzgebern gebrauchten Grunde der Aehnlichkeit eines unter der Curatel stehenden Minderjährigen mit einem gerichtlich erklärten Verschwender, theils daraus, daß nur in dem andern Falle, da nämlich der Minderjährige zur Zeit des geschlossenen Contracts mit keinem Vormund versehen gewesen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen gestattet wird [9]). Da

9) Auch die **Basilica Tom. I. Lib. X. Tit. 4. p. 635.** bestätigen diese Erklärung. Denn da heißt es: ἄυτῷ τῷ νόμῳ ἄχρηστος

indessen freylich in dem Gesetz selbst kein Wort vorkommt, aus welchem sich schließen ließe, daß die Imperatoren jene Gesetze der Pandecten hätten aufheben wollen; so bleibt doch immer die Hauptfrage übrig, wie diese Verordnung des Codex mit jenen Stellen der Pandecten in Harmonie zu bringen sey? Man hat fast kein Hülfsmittel unversucht gelassen, um den scheinbaren Widerspruch zu heben[10]), ja man hat sogar zur Critik seine Zuflucht genommen, und durch Veränderung der Leseart der Schwierigkeit abzuhelfen gesucht[11]), sich aber im Grunde, wie Herr Prof.

ἐστι ἡ πρᾶσις, ὡς μηδὲ ἀποκαταστάσεος αὐτόν χρῄζειν; d. i. *ipso iure inutilis est venditio, ut nec restitutione egeat.*

10) So z. B. meint VINNIUS ad §. 9. I. de inus. stip. daß die Worte *sine curatoribus suis* in der *L.* 101. *D. de V. O.* nicht eben in besonderm Bezug auf einen wirklich bestellten Curator zu nehmen wären, sondern nur eine allgemeine Beziehung überhaupt darauf hätten, daß Minderjährige sich einen Curator ausbitten könnten, und gewöhnlich einen Curator zu haben pflegten. Eben so versteht man insgemein die *L.* 43. *D. de V. O.* von einem solchen Minderjährigen, der keinen Curator hat, wenn es daselbst heißt: obligari potest *paterfamilias, suae potestatis, pubes.* Man sehe die in der Not. 8. angeführte LYCKLAMA, NOODT, SCHULTING u. a. m. Allein diesen Erklärungen ließ sich freylich vieles entgegen setzen, wie unter andern MARCKART Interpret. recept. I. C. lect. Lib. I. cap. 21. einleuchtend gezeigt hat.

11) Z. E. so wollen einige in der *L.* 101. *D. de V. O.* statt sine curatoribus suis lesen: *sine curatoribus* SUI, als wenn von solchen Minderjährigen die Rede wäre, welche keinen Curator hätten. S. *Alex. Arn.* PAGENSTECHER in Aphorism. Iustinian. III. 97. in fin. und in Siciliment. compend. Lauterbach. Manip. IV. pag. 40. Andere halten dafür, man müsse statt pos-

Weber[12]) ganz richtig bemerkt, die Sache schwieriger gemacht, als sie wirklich ist. Schon die Worte der angeführten Gesetzstellen geben nicht undeutlich zu erkennen, daß sie nicht von einem und demselben Gegenstande handeln. Daß ein Minderjähriger, wenn er auch unter der Curatel stehet, sich dennoch in gewissen Fällen, auch ohne Beytritt seines Curators, durch Versprechungen verbindlich machen, und insonderheit in solchen rechtlichen Angelegenheiten, welche nicht sein dem Curator untergebenes Vermögen, sondern blos seine Person angehen, für sich allein gültig handeln könne, ist außer Zweifel, und auch oben bereits bemerket worden. Diese Möglichkeit, sich verbindlich zu machen, welche niemand einem Minderjährigen abstreiten wird, ist es, welche in den angeführten Gesetzstellen der Pandecten von den römischen Juristen anerkannt wird. Denn es wird darin, wie auch schon Voet[13]) sehr richtig

sunt ex stipulatu obligari lesen: *obligare*, wie *Sim. van* LEEUWEN in Not. ad L. 101. D. cit. Diese Emendation nehmen auch NOODT de pactis et transact. cap. 20. BRENCMANN in Disp. de Legum inscriptionibus §. 20. bey WIELING *iurisprud. restitut.* pag. 167. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Digestor. h. t. §. 21. an. Andere sind noch dreister, und schieben das Wörtchen *non* ein; sie lesen also: Puberes sine curatoribus suis NON possunt ex stipulatu obligari. S. DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XII. cap. 22. n. 50. pag. 602. Allein dergleichen willkührliche Aenderungen der Leseart in Gesetzen, die an sich einen richtigen Sinn haben, verdienen keinen Beifall. S. BRANDENBURG cit. Commentat. §. 30. Not. a.

12) in der angef. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 72. S. 288.

13) in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit IV. §. 52. mit welchem auch DOMPIERRE *de* JONQUIERES in Specim. de Restitutionibus in integr. Tit. IV. §. 24. pag. 219. übereinstimmt.

eingesehen hat, nicht geradezu behauptet, daß der Minderjährige, wenn er auch ohne Vormund gehandelt, dennoch durchgängig aus seinen Verträgen obligirt werde; nein, sondern sehr wohlbedächtig drückt sich Modestinus aus, wenn er sagt: *possunt* **ex stipulatu obligari,** wodurch er ohne allen Zweifel nur auf diejenigen Fälle zielet, wovon wir wissen, daß sie die Concurrenz des Vormundes nicht erfordern. Wenn nun im Gegentheil in der **L. 3. Cod. de in integr. restitut. minor.** blos von Veräußerungen die Rede ist, welche ein Minderjähriger ohne Consens seines Curators unternommen hatte[14]), und diese darum für ungültig erkläret werden, weil ein unter der Curatel stehender Minor in Rücksicht der Verwaltung seines Vermögens dem gleich zu achten ist, **cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est;** so läßet sich nun, deucht mir, zwischen diesem und den obigen beyden Gesetzen der Pandecten

14) Was das eigentlich für Sachen gewesen, welche der Curand in dem Falle der L. 3. veräußert hatte, wird zwar in dem Gesetz nicht weiter bestimmt; indessen läßt sich doch auch nicht gerade mit MARCKART **Interpret. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 22.** annehmen, daß das Gesetz aus den *L.* **8. 9. 10. 11.** *sqq. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* zu erklären, und nur von **praediis rusticis** oder **suburbanis** zu verstehen sey. Denn da solche Güter der Minderjährigen ohne obrigkeitliches Decret nicht veräußert werden durften, der Minderjährige mochte einen Curator haben oder nicht, *L.* **3.** *Cod. Quando decreto opus non est;* so hätte ja auch in dem letztern Falle des Gesetzes, da nämlich der Minderjährige zur Zeit der unternommenen Veräußerung mit keinem Curator versehen gewesen, der Contract für ungültig erklärt werden müssen.

kein Widerspruch mehr finden [15]). Es stimmt auch mit diesen Grundsätzen vollkommen überein, wenn Gajus in der *L*. 141. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* sagt: **Pubes, qui in potestate est, perinde, ac si paterfamilias, *obligari solet.*** Denn daß ein unter väterlicher Gewalt stehender Minderjähriger, wenn er auch ohne seines Vaters Einwilligung gehandelt, sich dennoch durchgehends verbindlich mache, wird hier nicht behauptet [16]). Vielmehr lehrt Ulpian das Gegentheil, wenn er in der *L*. 3. §. 4. *D. de Minorib.* sagt: **Proinde si *iussu patris* obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri; *filius* autem, *cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri*, auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur.** Ueberdem ist bekannt, daß ein minderjähriger **Filiusfamilias** von seinem **peculio adventitio** ohne Einwilligung seines Vaters, oder des besondern Curators, dem die Verwaltung desselben

15) S. *Conr.* **Rittershusius in Commentar. novo ad. Tit. Institut. de inutil. stipulat. pag. 447.**

16) Es ist merkwürdig, was Gajus mittelbar vorher sagt: **Pupillus, si in parentis potestate est, *ne auctore quidem patre*, obligatur.** Eben dieses wird in dem §. 10. *I. de inutil. stipulat.* wiederholt. Der Grund, warum ein Unmündiger zwar mit Auctorität seines Vormundes, aber nicht seines Vaters, obligirt werden könne, wird verschiedentlich angegeben. *Fr.* **Hotomannus in Comm. ad §. cit. Instit. pag. 340.** sagt: ***quia tutor ob rem male gestam tenetur, pater non tenetur.*** Eben so *Conr.* **Rittershusius in Commentar. novo ad eund. §. Instit. pag. 447.** und *Edm.* **Merillius in Comment. ad §. 9. I. de inutil. stip. pag. 351.** Allein **Vinnius in Commentar. ad eund. §. 9. I. n. 6.** und **Fabrotus ad *Theophili* paraphras. graec. Institut. cit. §. 9. not. 3. Tom. II. edit *Reitz.* pag. 652.** erklären die Sache anders.

übertragen worden, nichts veräußern darf[17]). Melius enim est, sagt Justinian[18]), coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum exspectat patrimonium.

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß der römische Unterschied zwischen Minderjährigen, die mit einem Curator versehen sind, und solchen, die es nicht sind, nach heutigen teutschen Rechten nicht mehr Statt finde[19]). Unsere Reichsgesetze verordnen ausdrücklich, daß, ohne Unterschied den Minderjährigen, wie den Unmündigen, Vormünder gegeben werden sollen, damit dieselben unbetrogen und unvernachtheilt bleiben, und ihr Vermögen unverletzt erhalten werde[20]). Wir haben also solche Minderjährige in Teutschland nicht mehr, von deren Willkühr es abhängt, ob sie sich einen Curator erbitten wollen, oder nicht, und die also in dem letzteren Falle über ihr Vermögen selbst rechtsgültig disponiren können[21]). Aus

17) *L.* 8. §. 5. *Cod. de bon. quae liber Nov. CXVII. cap.* 1. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 576. et 583.

18) *L.* 8. §. 5. *cit.*

19) Man vergleiche hier vorzüglich Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit 2. Abtheil. §. 73.

20) In der Reichspolizeyordnung von 1577. Tit. XXXII. §. 1. heißt es: daß den Pupillen und Minderjährigen jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen ꝛc.

21) Man sehe Stryck Us. modern. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 7. Lauterbach Colleg. Pandect. Lib. XXVII. Tit. X. §. 14. Ley-

diesem Grunde finden daher auch jene Vorschriften des römischen Rechts bey uns keine Anwendung, vielmehr gilt dasjenige, was das römische Recht nur von solchen Minderjährigen verordnet, welche wirklich einen Vormund haben, bey uns von allen Minderjährigen ohne Unterschied, weil sie alle nach unsern Gesetzen unter der Vormundschaft stehen sollen, und Niemanden vor erlangter Großjährigkeit die eigene Verwaltung seines Vermögens gestattet ist [22]). Hieraus folgt, daß heutiges Tages alle Rechtsgeschäfte und Verträge der Minderjährigen, welche ihr Vermögen betreffen, sofern sie sich dadurch selbst haben verbindlich machen wollen, ohne des Vormundes Einwilligung durchaus nichtig sind [23]). Ob ein Gleiches auch von denjenigen Ver-

ser Meditat. ad Pandect. Spec. CCCXLVI. Struben rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 111. S. 380. von Lyncker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung 1. Kap. 1. Abschn. §. 9. S. 23. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 230. Wiesners Vormundschaftsrecht §. 43. und 44. Brandenburg Comment. cit. expon. differentias iur. Rom. inter. pupillos et minores §. 22. de Meyer Comment. cit. de eo, quod interest inter tut. et cur. aetat. P. II. Cap. III. §. 39. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 700. u. a. m.

22) Struben a. a. O. Weber a. a. O. Brandenburg cit. Commentat. §. 25.

23) Joh. Christ. Quistorp in wiefern sind die Handlungen eines Minderjährigen rechtsbeständig? in Desselben kleinen jurist. Schriften 1. Samml. (Bützow und Wismar 1772. 8.) nr. VI. S. 148. ff. Hymmens Beyträge zu der jurist. Literatur in den preuß. Staaten 2. Sammlung 1. Abschn. Nr. XIII. S. 110. Ludw. Friedr. Griesingers Commentar über das Herzogl. Würtembergische Landrecht IV. Band S. 1087. ff.

trägen zu behaupten sey, welche blos ihre Person angesehen, ist unter den heutigen Rechtsgelehrten streitig. Diejenigen, welche diese Frage bejahen [24]), gründen sich darin, daß nach teutschen Rechten ein Vormund eben sowohl der Person des Minderjährigen als dem Vermögen desselben vorgesetzt werde [25]). Diese behaupten daher, daß heutiges Tages die Einwilligung der Vormünder auch sogar bey den Eheverlöbnissen ihrer Pflegbefohlnen erforderlich sey, wenn sie eine rechtsständige Verbindlichkeit haben sollen [26]). Allein andere [27]) halten dafür, daß der römische Rechtssatz:

24) S. Wiesners Vormundschaftsrecht §. 45. p. 62. de Ludwig differentiae inter tutor. et curatores (*Opusc.* T. II. Diss. 2.) Not. pp. *Ge.* Beyer Diss. de hodierna tutor. et curator. differentia (*Opusc.* nr. IV.) §. 13. *de* Meyer cit. Commentat. §. 39. pag. 69.

25) Man beruft sich auf §. 3. Tit. XXXII. der oben angeführten Reichspolizeyordnung, wo es heißt: daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und ehrbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren — wolle.

26) S. *Gottl. Aug.* Ienicher Diss. de necessario tutorum seu curatorum consensu in sponsalibus minorum. (T. XI. *Meditat.* Leyseri adj. p. 25. sqq.) Hoffmanns Handbuch des teutschen Eherechts §. 10. S. 30. *de* Meyer cit. Commentat. §. 39.

27) Stryck Us. Mod. Pandect. Lib. XXVI. Tit. I. §. 8. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 230. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 696. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. §. 130. S. 73. Pütters rechtl. Bedenken über eine merkwürdige Vormundschaftsgeschichte (Göttingen 1791.) S. 5. und besonders Brandenburg cit. Commentat. §. 34. et 35.

curator primario datur rei, durch die teutschen Reichsgesetze keinesweges aufgehoben sey, mithin ein Minderjähriger solche Verträge, dadurch er sich blos für seine Person verbindlich macht, auch ohne Einwilligung seines Curators gültig schließen könne[28]). Nach gemeinen Rechten verdient diese letztere Meinung allerdings den Vorzug[29]), obgleich viele besondere teutsche Gesetze jene erstere bestätigen[30]).

§. 289.

Verschiedene Erklärungsarten der Einwilligung.

Zur rechtsgültigen Schließung eines Vertrags wird ferner erfordert, daß die gegenseitige Einwilligung von den Paciscenten hinreichend erklärt werde. Diese Willenserklärung kann auf dreyerley Art geschehen;

28) Hofacker l. c. §. 702. Quistorp a. a. O. p. 149. Dabelows Grundſ. des allgem. Eherechts der teutschen Christen §. 98.

29) Die in der Not. 25. angeführte Stelle der Polizeyordnung vom Jahr 1577. ist dieser Meinung nicht entgegen. Denn 1) zeigt der Zusammenhang mit dem §. 2. des Tit. XXXII. daß hier von einem Tutor im engern Sinne die Rede sey; sodann ist ja auch 2) schon aus römischen Rechten bekannt, daß sich selbst der Curator eines Minderjährigen der Sorge für die Person des Curanden nicht ganz entschlagen dürfe, sondern nur hauptsächlich zur Administration des Vermögens bestellet sey. S. Höpfners Commentar §. 227. und Brandenburg cit. Commentat. §. 35. S. 75.

30) Auch in dem allgemeinen Gesetzbuch für die preußischen Staaten 1. Th. 5. Tit. §. 14. S. 63. heißt es: Minderjährige werden in Ansehung der Fähigkeit, Verträge zu schließen, den Unmündigen gleich geachtet.

1) ausdrücklich, durch solche Worte oder Facta, welche den Consens unmittelbar zu erkennen geben, ohne daß es hierzu eines Vernunftschlusses bedarf, z. E. durch Zunicken mit dem Kopf;

2) stillschweigend durch solche Worte oder Handlungen, woraus sich mit Zuverläßigkeit eine Einwilligung folgern läßt;

3) vermuthend, wenn weder aus Worten, noch Handlungen, die auf den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben, sondern aus andern wahrscheinlichen Gründen mit Beystimmung der Gesetze eine Einwilligung geschlossen wird[31]. Ob übrigens die Einwilligung auf die eine oder andere Art erklärt worden, ist, in sofern nicht etwa die Gesetze in einem bestimmten Falle eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern, in Ansehung der rechtlichen Wirkungen gleichgültig. Verträge können also in dieser Rücksicht entweder ausdrückliche oder stillschweigende seyn[32]. Daß eine Convention auch sowohl persönlich, als unter Abwesenden durch Briefe, oder durch einen Bevollmächtigten, geschlossen werden könne, leidet keinen Zweifel[33].

31) *Fried. Ge.* Lautensack Disp. de accurato discrimine inter consensum. expressum, tacitum et praesumtum. Erf. 1710. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 183. et 184. Höpfner im Commentar §. 735. S. 646.

32) *Henr. Theod.* Pagenstecher Diss. de pactis tacitis, hinter seinem *Commentar. in Sexti Pomponii ICti ad Sabinum de re testamentaria libr. IV.* (*Lemgoviae* 1750. 4.) pag. 141. sqq. *Ger.* Noodt de pactis et transact. cap. 2.

33) *L. 2. D. de pactis:* Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium, inter absentes quoque posse:

§. 290.

Grundsätze von stillschweigender Einwilligung.

Eine stillschweigende Einwilligung wird nicht blos aus Handlungen gefolgert, wie hier unser Verfasser annimmt, sondern sie kann auch eben so gut durch Worte erklärt werden, wenn selbige von der Art sind, daß sie die Absicht des sich Verbindlichmachenden nicht geradezu ausdrücken, sondern implicite zu erkennen geben. Z. B. wenn ein Schuldner seinem Gläubiger die Befugniß ertheilet, gewisse Sachen zum Verkauf zu bringen, falls die Zahlung nicht zu rechter Zeit erfolgen sollte, so wird angenommen, daß solche Sachen stillschweigend verpfändet wor-

sed etiam tacite consensu convenire intelligitur. Die Worte *re convenire* machen hier einige Schwierigkeit. Verschiedene Rechtsgelehrten erklären sie von einem Realcontract, z. B. *Reinh.* Bachovius in Prot. pag. 594. *Pard.* Pratejus jurisprud. vet. in *Thes. iur. Ottonian.* Tom. IV. pag. 470. Allein richtiger werden sie von andern so verstanden, daß man ausdrücklich und persönlich eine Convention schließen könne. S. Cujacius in Not. ad h. L. *Ger.* Noodt de pactis et transact. cap. 2. (*Oper.* T. I. pag. 486.) Nicht nur die Basiliken Lib. XI. Tit. I. pag. 719. Tom. I. sondern auch der Zusammenhang selbst rechtfertigen diese Erklärung. Uebrigens scheint das Unterscheidungszeichen nach dem Wort *nuncium* ganz überflüßig zu seyn, es ist auch in den Basiliken nicht zu finden, als welche jene Stelle der Pandecten folgendergestalt übersetzen: *Συμφωνεῖ τις καὶ παρὼν καὶ ἀπὼν διὰ ἐπιστολῆς καὶ δι ἀγγέλου.* d. i. Paciscitur quis et praesens et absens per epistolam et per nuncium. Man vergleiche auch *Io. Guil.* Marckart Probabil. receptar. lection. P. II. pag. 80. und Pagenstecher cit. Disput. Thes. V. pag. 147.

den[34]). Denn fehlt gleich die ausdrückliche Erwähnung eines Unterpfandes, so siehet man doch offenbar, daß die Absicht des Schuldners bey jener Erklärung auf nichts anders gegangen seyn könne[35]). Wird eine stillschweigende Einwilligung aus Handlungen gefolgert, so können diese Handlungen entweder Omissiv- oder Commiß-Handlungen seyn. Zu den erstern gehört das Stillschweigen[36]). Bloßes Stillschweigen an und für sich zeigt zwar

34) *L. 3. §. ult. D. qui potior. in pign.* Voet in Comment. ad Pandect. Lib. XX. Tit. II. §. 1.

35) Mehrere Beyspiele gibt Weber in den Beyträgen zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte Abh. I. §. 11. S. 40.

36) Man vergleiche über diese Materie *Henr.* Cocceji Diss. de Silentio. *Heidelbergae* 1682. (Exercit. T. I.) *Io. Christ.* Winter Diss. I. et II. de Silentio. *Helmst.* 1715. *Henr.* Brockes Diss. de silentio consensum non inferente. *Vitemb.* 1734. *Io. Frid.* Wahl Progr. de conventione, quae silentio sit. *Goett.* 1744. *Phil.* Hahn Diss. de praeiudicio tacentis. *Moguntiae* 1746. *Leonh. Guil.* Schnetlage Diss. de consensu tacito ex silentio. *Harderovici* 1764. de Cramer Diss. de tacente dissentiente. (*Opuscul.* T. II.) Götz rechtliche Betrachtungen über das Schweigen (in desselben Beyträgen zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Bandes 4. Stück. Nr. XXVI. S. 387. ff.) Reinhard von den Wirkungen der stillschweigenden Einwilligung zwischen freyen Völkern, in desselben Sammlung jurist. philosoph. u. kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. St. Nr. I. S. 307. ff. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 184. und meine Abhandl. über die Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag, insonderheit, wenn solcher die Aufhebung eines öffentl. geschlossenen Kaufs betrifft, (in den merkwürd. Rechtsfällen u. Abhandl. II. Band. Nr. XXVII. S. 159. ff.)

weder eine Einwilligung noch eine Mißbilligung an. Denn überhaupt sind Schweigen und Reden Dinge, die in eines jeden Willkühr stehen, so lange ihn nicht ein Gesetz zu dem einen oder dem andern verbindet. In dieser Hinsicht sagen daher die Gesetze selbst, daß derjenige, welcher schweigt, weder etwas bejahe noch verneine [37]). Allein wenn der Schweigende sich erklären konnte, und vermöge der Gesetze auch dazu verbunden war, oder das Stillschweigen mit solchen Umständen begleitet ist, daß es gar keine andere vernünftige Auslegung leidet, als diese, daß es eine Einwilligung zum Grunde habe; so ist unter dieser Einschränkung die Regel allerdings richtig, daß derjenige, welcher zu etwas stille geschwiegen, darein gewilliget habe [38]). Es muß also

1) ein solcher Fall vorhanden seyn, wo der Stillschweigende ausdrücklich hätte widersprechen müssen, wenn er nicht gewollt, daß sein Schweigen zu seinem Nachtheil erkläret werde. Dahin gehört, wenn Jemand durch einen auf die Gesetze gegründeten richterlichen Befehl zu seiner Erklärung aufgefordert worden, und sie beharrlich verweigert, oder gewußt hat, daß eine ihm nachtheilige Handlung vorgehe, er aber solche, da er doch konnte und sollte, nicht verhindert hat. Denn in dem ersten Falle wird das Stillscheigen als ein Ungehorsam angesehen, und daher zum Nachtheil des Schweigenden erklärt [39]); in dem letztern

37) *L.* 142. *D. de Reg. iur.* Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare. *Cap.* 44. *de Reg. iur. in* 6*to*.

38) *Cap.* 43. *de Reg. iur in* 6*to*. Qui tacet, consentire videtur.

39) Nam qui in iure interrogatus omnino non respondit, sagt Ulpian *L.* 11. §. 4. *D. de interrogat. in iure fac.* contu-

Falle hingegen sehen die Gesetze das Stillschweigen darum als eine Einwilligung an, weil man von jedem vernünftigen Menschen vermuthen kann, daß er allen augenscheinlichen Schaden, wo es möglich ist, von sich abwenden, und also nicht freywillig das Reden unterlassen werde, wo ihm diese Unterlassung nachtheilig werden kann. Man setze also, ein Vater habe von seinem Sohne einen Brief erhalten, worin ihm dieser meldet, daß ihm Titius baar Geld vorgeschossen, und zugleich gebeten hat, dasselbe dem Gläubiger wieder zu bezahlen. Hier muß der Vater sofort und ausdrücklich dem Gläubiger seine Mißbilligung zu erkennen geben. Thut er dieses nicht, so schließen die Gesetze aus diesem Stillschweigen eine Genehmigung desjenigen, was der Sohn gethan hat, und verbinden den Vater zur Bezahlung [40]. Dagegen ist das Stillschweigen unnachtheilig,

a) wenn Jemand deswegen nicht widersprochen, weil er wußte, daß ihm, der Handlung des andern ungeachtet, sein Recht unverletzt bleibe. Dieß ist der Fall bey einem Pfandgläubiger, der zwar die Veräußerung der ihm verpfändeten Sache, welche der Schuldner unternehmen will, weiß, aber dagegen nicht protestirt. Denn nach deutlicher Belehrung der Gesetze gibt der Gläubiger durch seinen unterlassenen Widerspruch zu der Veräußerung selbst eben so

max est, quia Praetorem contemnere videtur. Voet in Comment. ad Pandect. Lib. XI. Tit. I. §. 9. Meine Abhandl. §. 2.

40) *L.* 16. *D. de Senatuscons. Macedon.* Mehrere Beyspiele enthalten *L.* 7. §. 1. *D. de Sponsal. L.* 5. *Cod. de Nupt. L.* 12. *D. de Eviction. L.* 4. §. 3. *D. de fideiuss. tutor. L.* 38. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 2. §. 2. *D. Soluto matrimon.*

wenig seine Einwilligung, als daraus eine Begebung des zuständigen Pfändrechts gefolgert werden kann. Er konnte die Veräußerung immerhin geschehen lassen, weil er wußte, daß sein Pfandrecht auf der Sache haftet, und mit derselben auf jeden Besitzer übergehet, folglich der geschehenen Veräußerung ungeachtet fortdauert[41]). Er hatte also keinen Grund, sich derselben zu widersetzen, da die Gesetze in diesem Falle für ihn reden, und ihn der Mühe des Protestirens überheben. Wären aber zum Verkauf öffentliche Anschläge gemacht, und darin alle Pfandgläubiger öffentlich und präclusivisch vorgeladen worden, so schadet denjenigen ihr Stillschweigen allerdings, die sich nicht gemeldet haben[42]). Denn die Obrigkeit hat das Recht, diejenigen, welche Ansprüche an Grundstücken machen können, zur Sicherheit der Käufer vorzuladen, und man ist schuldig, ihr zu gehorchen. Wer also ungehorsam ist, mag den Schaden tragen[43]).

41) *L.* 8. §. 15. *D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit.* **Non videtur consensisse creditor, si, sciente eo, debitor rem vendiderit: cum ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare.** S. Quistorps Abhandl. ob die Unterlassung des Widerspruchs bey der Veräußerung eines unterpfandlich verschriebenen Grundstücks für seine stillschweigende Begebung des zuständigen Pfandrechts angesehen werden könne? (in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien II. Stück Nr. VI. S. 104. ff.) und die gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsäßer 2. Band Nr. V. S. 52. ff.

42) *L.* 6. *Cod. de remiss. pignor.*

43) S. Westphals Versuch einer systemat. Erläuterung der sämmtl. röm. Gesetze vom Pfandrecht. 9. Kap. §. 235. Not. 264. S. 343.

b) Wenn von solchen Handlungen die Rede ist, welche eine ausdrückliche Einwilligung oder bestimmte Erklärung erfordern. Bey diesen kann das Stillschweigen auch selbst auf einen geschehenen Antrag nie für eine Einwilligung gehalten werden. So ist z. B. bekannt, daß wenn ein Frauenzimmer auf den ihr gemachten Heyrathsantrag keine Antwort gibt, derselben Stillschweigen als eine abschlägliche Antwort angesehen werde[44]). Es heißt in solchen Fällen nach einem bekannten Sprüchwort: Keine Antwort ist auch eine Antwort[45]). Hätte jedoch der Vater mit Vorwissen der Tochter das Jawort gegeben, so wird das Stillschweigen derselben als ihr Consens[46]) angenommen. So ist ferner zu Bestellung eines gerichtlichen Sachwalters das bloße Stillschweigen desselben nicht hinreichend[47]), wenn nicht noch ein positives Factum, z. B. daß derselbe wissentlich und ohne Widerrede eine auf ihn gestellte gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen, hinzu kommt[48]).

c) Wenn es auf die Aufhebung eines Bilateralcontracts ankommt, so kann das Stillschweigen derjenigen Parthey, welche sich deshalb erklären sollte, ebenfalls für keine stillschweigende Einwilligung gehalten werden, weil hier-

44) Hoffmanns Handbuch des teutschen Eherechts 2. Hptst. §. 8.

45) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 2. Abth. S. 97. (nach der neuesten Ausgabe Leipzig 1792. 8.)

46) *L. 12. pr. D. de Sponsal. Cap. I. de Desponsat. in 6to.*

47) *L. 8. §. 1. D. de procurat.*

48) *Clem. 1. de procurator.*

zu mutuus dissensus schlechterdings erfordert wird [49]), und es überdem hier auf die Begebung eines wechselseitigen Rechts angesehen ist, welche im Zweifel nie vermuthet werden kann [50]).

2) Soll das Stillschweigen für eine Einwilligung erkläret werden, so muß nicht nur eine gesetzliche Verbindlichkeit vorhanden seyn, sich einer präjudicirlichen Handlung zu widersetzen, sondern es muß auch der Schweigende haben widersprechen können. Wenn ich also entweder gar nicht gewußt, daß ein mir nachtheiliges Geschäft vorgehet, oder ich dasselbe wegen meiner Abwesenheit, oder aus andern Ursachen, nicht habe hindern können; so kann aus meinem Schweigen keine Einwilligung oder Billigung dessen, was vorgegangen ist, gefolgert werden [51]). Endlich

3) ist mir mein Stillschweigen nachtheilig, wenn solches nach den Umständen der Sache keine andere vernünftige Auslegung leidet, als diese, daß es aus einer Einwilligung komme. Denn jeder hat die Vermuthung für sich, daß er handle und denke, als ein vernünftiger Mensch. Allein eben diese Vermuthung muß er auch in der Auslegung seiner Handlungen gelten lassen. So wie ein jeder schuldig ist, die Worte, wodurch er seine Gedanken ausdrückt, auch gegen sich nach derjenigen Bedeutung auslegen zu lassen, welche sie im gemeinen Sprachgebrauch bey andern Men-

49) *L.* 1. *Cod. quando liceat ab emt. discedere. L.* 5. *Cod. de Obligat. et actionib.*

50) Pufendorf T. II. Obs. 86. §. 2. Einen merkwürdigen Rechtsfall hierüber enthält meine oben angeführte Abhandlung §. 4. ff. S. 163. ff.

51) *L.* 4. *pr. D. de noxal. act. L.* 63. *D. de re iudicat.*

schen haben, eben so muß auch ein jeder, der ein Mitglied der menschlichen Gesellschaft seyn will, sich gefallen lassen, daß man seine Handlungen nach denjenigen Grundsätzen erklärt, nach welchen alle vernünftige Menschen handeln, daß man diejenigen Bewegungsgründe und Absichten dabey zum Grunde setzt, aus denen solche Handlungen bey andern Menschen gewöhnlicher Weise herfließen, kurz, daß man aus seinen Handlungen, nach der gesunden Vernunft, auf seine Meinung und auf seine Absichten schließt. Wenn man demnach aus Jemandes Benehmen bey einer gewissen vorkommenden Gelegenheit vernünftiger Weise nicht anders schließen kann, als daß er sich deswegen so betrage, weil er dasjenige billiget, und genehm hält, was geschiehet; so ist man berechtiget, solche seine Handlung als eine stillschweigende Erklärung seiner Einwilligung anzunehmen. Es kann sich auch Niemand entziehen, eine solche Erklärung seiner Handlung gegen sich gelten zu lassen. Denn wollte er sie nicht gelten lassen, so müßte er ja verlangen, nach andern Grundsätzen, als nach denjenigen, wornach alle vernünftige Menschen handeln, beurtheilt zu werden, und das kann er nicht, so lange er ein Mitglied der menschlichen Gesellschaft seyn will. Es ist also keine blos willkührliche, sondern eine schon in dem Rechte der Vernunft gegründete Entscheidung der römischen Gesetze, wenn derjenige, welcher wissentlich geschehen lässet, daß ein Dritter für ihn Bürgschaft leistet, oder sich sonst seinen Geschäften unterziehet, wegen seiner stillschweigenden Genehmigung so gut zur Vertretung gehalten seyn soll, als wenn er ihn dazu bevollmächtiget hätte [52].

52) L. 6. §. 2. *L.* 18. *D. mandat.* *L.* 60. *D. de Reg. iur.*

Außer dem Stillschweigen kann auch durch commissiv Handlungen eine stillschweigende Einwilligung zu erkennen gegeben werden. Z. B. wenn ich meinem Schuldner seine Handschrift zurückgebe, so wird dieß als ein stillschweigender Vertrag angesehen, daß ich ihm die Schuld erlassen wolle; er kann sich also, wenn ich ihn belange, mit der Einrede des Vertrags schützen[53]). Der Gläubiger muß in einem solchen Falle jederzeit beweisen, daß dem Schuldner zu einem andern Behuf der Schuldschein eingehändiget worden sey[54]). Ferner wer eine Urkunde, darin seine Sachen von einem andern verpfändet werden, ohne Widerspruch schreibt, oder unterschreibt, dessen Handlung wird als ein Merkmahl seiner Genehmigung angesehen[55]). Eben so hat ein Gläubiger, der sich die Zinsen von seinem Schuldner auf gewisse Zeit vorauszahlen läßt, wie Florentin sagt[56]), den stillschweigenden Vertrag gemacht, daß er binnen dieser Zeit das Capital nicht fordern will; andere zu den Gesetzen vorkommende Beyspiele zu geschweigen.

Der stillschweigende Consens setzt übrigens

1) eine genaue Wissenschaft desjenigen Geschäfts voraus, wovon die Frage ist. Es ist daher z. B. zu einer stillschweigenden Erklärung eines Erben zur Erbschaft (pro

53) *L.* 2. §. 1. *D. de pact.* S. Pagenstecher cit. Diss. de pactis tacitis Th. 6. et 7. besonders Duarenus ad L. 2. cit. (*Oper.* pag. 47.)

54) Brunnemann in Comment. ad L. 2. D. cit. n. 4. 5. 6. Hymmens Beyträge zu der jurist. Literatur in den preuß. Staaten VI. Samml. 1. Abschn. S. 105.

55) *L.* 26. §. 1. *D. de pignor. et hypoth.* Voet in Comm. ad Pandect. Lib. XX. Tit. 2. §. 1.

56) *L.* 57. *D. h. t.*

herede gestio) nicht genug daß er solche Handlungen vornimmt, woraus man seine Absicht, daß er Erbe seyn wolle, schließen kann; er muß auch gewiß wissen, wie ihm die Ebschaft zugefallen ist. Nimmt er daher die Erbschaft als nächster Intestaterbe an, weil er von dem Testament, in welchem sie ihm hinterlassen worden, nichts wußte, so ist er aus einer solchen pro herede gestione zu nichts verbunden. Denn seine Erklärung oder Thathandlung wurde durch einen Irrthum veranlaßt [57]).

2) Es muß auch derjenige, aus dessen Handlungen ein stillschweigender Consens gefolgert werden soll, nicht etwa eine entgegengesetzte Meinung erklärt haben. Wenn daher der Erbe zwar Handlungen vornimmt, woraus sich sonst eine pro herede gestio herleiten läßt, aber dabey ausdrücklich protestirt, daß er die Absicht, die Erbschaft annehmen zu wollen, nicht habe; so kann man nicht behaupten, daß er sich pro herede geirrt hätte [58]).

3) Die Handlungen müssen keine zweydeutige Auslegung zulassen, sondern solche seyn, welche nach Vernunft und Recht nicht anders zu erklären, als daß die Intention, wovon die Rede ist, dabey obgewaltet habe [59]). Läßt sich

57) *L.* 22. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* Nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, *scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat*: veluti agnatus proximus iusto testamento scriptus heres, antequam tabulae proferantur, cum existimaret, intestato patremfamilias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit.

58) Müller in Observat. pract. ad Leyserum Tom. IV. Obs. 572. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 542.

59) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. 4. 27. §. 9. *L.* 57. *pr. D. et L.* 2. *Cod. de pact.*

noch eine andere Absicht gedenken, so ist ein jeder, wie von seinen Worten, so auch von seinen Handlungen der beste Ausleger[60]); und man muß im Zweifel diejenige Erklärung vorziehen, welche den Urheber des Factums am wenigsten belästiget[61]). Wenn daher z. B. Kinder ihren verstorbenen Vater begraben lassen, wenn sie ferner, weil sie ihre **adventitia** zu fordern haben, in dem väterlichen Nachlaß sitzen bleiben, so kann daraus noch nicht gefolgert werden, daß sie des Vaters Erben seyn wollen. Denn ersteres können sie aus kindlicher Liebe, und letzteres blos **custodiae causa** gethan haben, um die Verlassenschaft zu ihrer eigenen Sicherheit zu verwahren[62]). Es kann jedoch in zweifelhaften Fällen über die Absicht, so Jemand bey einer Handlung gehabt, sowohl von richterlichen Amtswegen der Reinigungseid auferlegt, als von dem andern Theile der Eid darüber: daß er die in Frage stehende Absicht bey seiner

60) *L.* 96. *D. de Verb. Significat.* In ambiguis orationibus maxime spectanda sententia eius, qui verba protulit. Es versteht sich jedoch, daß die von dem Handelnden gemachte Auslegung von seiner Intention nicht der Natur der vorgenommenen Handlungen und den Regeln einer wahren Interpretation zuwider seyn dürfe. Man vergleiche hier vorzüglich Nettelbladt System. element. iurisprud. positivae Germanor. commun. general. (*Halae* 1781). §. 243.

61) *L.* 9. *D. de Reg. iur.* Semper in obscuris, quod minimum est sequimur. S. Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte, Abhandl. III. §. 8. S. 116.

62) *L.* 20. *pr. et* §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. (Leipzig 1793. 4.) Bemerk. 4. S. 37. Höpfner Commentar a. a. O.

Handlung nicht gehabt habe, unstreitig zugeschoben werden [63]). Endlich

4) darf auch der stillschweigende Consens nicht ultra factum erstreckt, noch weniger aber ad non cogitata ausgedehnt werden, wenn sie nicht wesentliche Folgen von dem sind, worauf die Einwilligung wirklich gerichtet worden [64]). So wie sich also z. B. aus der Zurückgabe des Pfandes an den Schuldner noch nicht gleich eine Erlassung der Schuld selbst folgern lässet, wofern nicht aus andern Umständen erwiesen werden kann, daß dieß des Gläubigers Absicht gewesen [65]); eben so wenig läßt sich eine geschehene Verpfändung der Güter auf Zinsen extendiren, wenn der Schuldner bey Errichtung des Pfandrechts noch zu keinen Zinsen gehalten war, sondern solche nachher erst zu bezahlen sich anheischig gemacht hat [66]).

63) S. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. 1. Abschn. 1. Hptst. §. 4. S. 8.

64) *L.* 99. *pr. D. de Verb. Obligat.* Weber in den angef. Beyträgen a. a. O.

65) *L.* 3. *D. h. t. Io. Guil.* Marckart Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 4.

66) *L.* 5. §. 1. *D. in quib. caus. pign. vel. hyp. L.* 4. *Cod. de usuris.* S. Webers kurze Erörterung der Frage, ob und in wieferne das Pfandrecht sich außer dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden? §. 12. in den angeführten Beyträgen Nr. III. S. 123. ff.

§. 291.

Gründe der vermutheten Einwilligung.

Was endlich die vermuthete Einwilligung betrifft, so darf ich zuförderst den lächerlichen Widerspruch nicht unbemerkt lassen, welcher in dem Satz des Autors liegt, daß ein Consens, welchen die Gesetze fingiren, auch bey denjenigen angenommen werden könne, die keinen wahren Consens zu erklären, mithin auch durch Einwilligung sich verbindlich zu machen nicht fähig sind. Selbst der Begriff, welchen unser Verfasser an einem andern Orte (§. 140.) von einer rechtlichen Fiction angegeben, hätte ihn erinnern können, daß sich eine Unmöglichkeit rechtlicher Weise nicht fingiren lasse; und wo ist denn ein Gesetz, welches jene Hypothese unterstützt, ohne welches sich doch keine Fiction gedenken läßt? Diejenigen Gesetzstellen, welche unser Verf. für sich anführt, gehören wenigstens nicht hieher. Sie sagen nicht mehr und nicht weniger, als daß in solchen Fällen, wo die Verbindlichkeit ex re entstehet, d. i. von der Einwilligung des Schuldners nicht abhängt, auch sogar ein Rasender, und Pupill ohne Concurrenz des Vormunds vollkommen verbindlich werden könne[67]). Z. B. wenn ich mit einer solchen Person gemeinschaftlich ein Haus

67) Man sehe z. E. *L.* 46. *D. de Obligat. et action.* Furiosus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam iudicio communi dividundo obligabuntur. Den richtigen Aufschluß dieser von so vielen mißverstandenen Stelle gibt Herr Prof. Weber in der syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71. S. 296. der neuesten Ausgabe.

besäße, und ich darin nöthige Reparaturen vorgenommen hätte, so muß sie mir die Unkosten zu ihrem Antheil ersetzen. Der natürliche Grund hiervon ist die Billigkeit. Wo stehet denn nun aber, daß hier der Consens desjenigen, welcher auf eine solche Art verbindlich wird, fingiret werde? oder fingiren etwa die Gesetze auch, daß der Pupill **ad hunc actum** schon mündig, der Wahnsinnige gescheut gewesen [68])? Hiernächst ist es auch eine sehr unschickliche Vermischung zwischen einer rechtlichen Fiction und Präsumtion, wenn unser V. denjenigen Consens einen vermutheten nennt, welchen die Gesetze fingiren [69]). Der **consensus fictus** ist überhaupt ein Unding [70]). Man wird sich hiervon schon aus dem, was vorhin gesagt worden, überzeugen können. Denn daraus erhellet, daß es in allen den Fällen, wo man den Consens fingiren will, auf die Einwilligung desjenigen gar nicht ankommt, dem die Verbindlichkeit obliegt; und daß auch dieser fingirte Consens bey den sogenannten Quasi-Contracten als ein ganz falscher Grund der Verbindlichkeit angegeben werde, soll noch in der Folge an seinem Orte (§. 308.) gezeigt werden. Eine vermuthete Einwilligung findet also vielmehr in den Fällen Statt, wo die erforderliche wirkliche Einwilligung zwar

68) Das Lächerliche dieser Theorie hat schon nach Würden gerügt der gelehrte Herr Prof. Weber in dem vorhin angeführten vortrefflichen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24.

69) Den Unterschied zwischen Fiction und Präsumtion habe ich im ersten Theil dieses Commentars §. 40. S. 266. auseinander gesetzt.

70) Man vergleiche Reinhards Sammlung jurist. philosoph. und kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. St. Nr. I. S. 311.

in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist[71]). Die Gründe, aus denen eine solche Einwilligung geschlossen werden kann, sind 1) die bekannte Denkungsart eines Menschen, oder die Regel, die er in seinen Handlungen zu beobachten gewohnt ist; 2) der Grundsatz: daß ein Jeder dasjenige bewilligen werde, was ihm nützlich ist; 3) die Regel, wer zu etwas seine Einwilligung gegeben hat, wird auch alles billigen, was aus dem Bewilligten folgt, oder unzertrennlich damit verbunden ist, oder, wie sich andere ausdrücken: Wer den Zweck will, wird vermuthlich auch die Mittel billigen, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann. Zuweilen vermuthen die Gesetze auch die Einwilligung einer Person 4) wegen des Verhältnisses, in welchem man mit derselben stehet. Dieß ist der Fall bey einem vermutheten Auftrage, wovon ich zu seiner Zeit (§. 388.) handeln werde.

§. 292.

Ein Vertrag erfordert mehr als eine Person. In wiefern gelten Verträge zwischen Vater und Kinder? Was sind Tractaten und Punctationen?

Ein Vertrag ist ein angenommenes Versprechen. Es werden also wenigstens zwey Personen dazu erfordert;

71) Außer der von uns. V. angeführten Abhandlung des Hrn. Geh. Trib. R. Höpfners, sind noch folgende Schriften zu bemerken: *I. Iac.* Quistorpii de consensu iuris naturalis praesumto libellus. *Rostochii et Lipsiae* 1755. 8. et *Christph. Frid.* Schott Diss. consensus praesumtus cum quasi-contractibus iure naturae proscriptus. *Tubing.* 1755. in eius *dissertat. iur. naturalis.* Erlangae 1784. edit. Tom. I. Nr. IV. pag. 117. seqq.

der Versprechende, und der, dem versprochen wird. Denn Niemand kann mit sich selbst paciscieren. Hieraus folgt, daß nach römischem Rechte auch zwischen solchen Personen keine Verträge bestehen können, welche vermöge rechtlicher Fiction als eine Person angesehen werden, ich meine, zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen[72]. Zwar kann der filius familias nach römischen Rechten sich andern Personen dergestalt gültig verbinden, daß schon während der väterlichen Gewalt gegen ihn selbst eine Klage Statt findet[73]. Allein aus einem Vertrege zwischen dem Vater und seinem filiusfamilias kann wegen Einheit der Person keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit entstehen[74]. Es finden jedoch schon in dem römischen Rechte hiervon Ausnahmen Statt. Hat nämlich der filiusfamilias ein peculium castrense oder quasi castrense, so kann er darüber mit seinem Vater gültig paciscieren[75]. Denn in Ansehung dieser Güter wird er

72) §. 6. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 50. *D. ad SCtum Trebell.* *Ant.* Faber in Iurisprud. Papinianea Tit. VIII. Illat. 6. p. 326.

73) §. 6 *I. cit.* *L.* 39. *D. de obligat. et action.* *L.* 44. *D. de pecul.* *L.* 5. *D. Quod cum eo, qui in alien. potestat.*

74) *Io. Dom.* Martucius variar. Explanation. iuris Lib. I. c. 34. Daß jedoch eine natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Vater und seinen Kindern auch nach römischen Rechten Statt finde, erhellet aus der *L.* 38. *D. de condict. indeb.* S. Faber in Iurisprud. Papinian. Tit. VIII. pag. 327. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 87. S. 397. und diesen Commentar Th. II. §. 132. S. 203. Not. 2.

75) *L.* 2. *pr. D. de contrah. emt. vendit.* Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed *de rebus castrensibus* potest. *Io. Flor.* Rivinus in Diss. de emtione atque venditione patris et liberorum in potestate eius existentium. *Lipsiae* 1724.

wie ein paterfamilias angesehen. Ob in Absicht auf das peculium adventitium extraordinarium ein gleiches zu behaupten sey, ist zweifelhaft. Die meisten Rechtsgelehrten [76]) glauben dieses aus dem Grunde, weil dem Haussohne über ein solches peculium die freye Disposition unter den Lebendigen so gut als über das castrensische Sondergut zustehet [77]). Allein andere halten demohngeachtet die Verträge zwischen Vater und Sohn über das peculium adventitium irregulare für ungültig [78]). Soviel ist gewiß, daß wenn der Vater seinen Kindern die Früchte ihres peculii adventitii ordinarii überläßt, die Schenkung selbst nach röm. Rechte gültig sey [79]), und daß zwischen emancipirten Kindern und dem Vater, desgleichen zwischen Kindern und der Mutter gültige Verträge geschlossen werden können, ist vollends außer allem Zweifel [80]). Ob übrigens jene Grundsätze des röm. Rechts noch heutiges Tages anwendbar sind, ist unter den neuern Rechtsgelehrten streitig.

76) Hahn ad Wesenbecium h. t. Nr. V. in fin. Vinnius ad §. 6. I. de inutil. stipulat. Struv Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 42. Boeckelmann Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 18. in fin. Renz D. de mixtura iur. Rom. et Germ. in mater. de patr. potestat. §. 20. Titius in Diss. de contractibus patris et liberor. in potestate eius existentium §. 39. sqq. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 589. u. a. m.

77) *Nov. CXVII. cap.* 1. §. 1.

78) Lauterbach in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 44. Faber in Rational. ad L. 2. D. de contrah. emt. vendit. und Ludw. Fried. Griesinger im Commentar über das Herzogl. Würtembergische Landrecht IV. Band S. 1125. f.

79) *L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae liber.*

80) Madihn Princip. iur. Rom. P. V. §. 16.

Ich bin noch immer der verneinenden Meinung, die ich an einem andern Orte dieses Commentars [81]) vertheidiget habe, und wundere mich sehr, wie unser Verf. des oben (§. 138.) vorgetragenen Grundsatzes: *unitas personae inter filium et patrem hodie cessat simul cum iuribus ex unitate profluentibus*, hier so ganz uneingedenk habe seyn können.

Aus dem Begriff eines Vertrags ergibt sich weiter, daß bloße Vorschläge und Anerbietungen, die auf Schliessung eines Vertrags abzwecken, von dem andern aber, dem sie geschehen, noch nicht angenommen worden, noch kein Vertrag sind. Man nennt vielmehr dergleichen Unterhandlungen bloße Tractaten, und sie sind unverbindlich, weil die Annehmung von der andern Seite fehlt, mithin noch keine wechselseitige übereinstimmende Einwilligung vorhanden ist, wenn gleich der Gegenstand derselben dem andern schon vorläufig in der Hoffnung, daß der Vertrag noch zu Stande kommen werde, wäre eingehändiget worden [82]). Man vermische jedoch damit nicht die vorbereitenden Verträge künftiger Contracte, z. B. pactum de mutuo dando, wenn mir Jemand versprochen hat, ein Darlehn zu geben [83]). Denn wenn gleich solche Verträge nach dem röm. Rechte noch als bloße unverbindliche Unterhandlungen angesehen werden, so lange der von beyden

81) Th. 2. §. 138. S. 236. f.

82) *Io. Ge.* Bremen Diss. de Tractatibus von Handlungsvorschlägen. Ien. 1681. Th. 4. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1 Th. §. 5.

83) *Mich.* Grassi Diss. de pacto futuri contractus praeparatorio. *Tübingae.* 1688.

Seiten getroffenen Verabredung dasjenige noch nicht hinzugekommen ist, was als das Zeichen des vollkommenen Contracts erfordert wurde, z. B. die Uebergabe bey einem Real-Contract[84]), so ist es doch nach heutigen Rechten ausgemacht, daß jeder Vertrag, mit einem andern einen Contract eingehen zu wollen, verbindlich sey, wenn die Punkte des künftig einzugehenden Contracts bestimmt genug sind[85]); weil ein bloßer Vertrag heutiges Tages die nämlichen Wirkungen hat, welche bey den Römern die Stipulation hatte[86]). Aus solchen präparatorischen Verträgen kann also auf die Erfüllung des Versprechens durch völlige Berichtigung des Contracts, und, wo diese nicht zu erhalten wäre, auf Ersetzung alles durch diese Treubrüchigkeit verursachten Schadens geklagt werden[87]).

84) *L.* 3. *Cod. de rer permutat.*

85) *Io. Iac. de* LJKR D. pactum praeparatorium actionem producens et non producens. *Altorf.* 1716. *Aug. Gottl.* PETERMANN Disp. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. *Lipsiae* 1730. WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. III. Obs. 97. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXIX. med. 6. et 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 763. Nr. 5. Griesinger im Commentar über das Würtembergische Landrecht 1. Band §. 6. S. 11. f.

86) Daß nach dem röm. Recht eine Stipulatio de mutuo dando, de permutando u. d. den Versprecher verbindlich machte, und eine Klage gegen ihn bewirkte, beweisen *L.* 68. *D. de Verb. obligat. L.* 3. *Cod. de rer. permutat.*

87) COCCEJI Ius civ. controv. h. t. Qu. 11. Claproth. in der angef. Rechtswissenschaft §. 5. S. 9. In einem solchen Falle ist *actio ex pacto de mutuo contrahendo, de commodando* u. s. w. anzustellen. S. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 8. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von

Mit bloßen Tractaten ist ferner der erste vorläufige Entwurf eines Contracts, oder die Punktation nicht zu verwechseln[88]). Diese enthält die wesentlich verabredeten Punkte, woraus hernach ein förmlicher Contract verfaßt werden soll. Ist dieselbe mit der Partheyen Unterschrift versehen, und gründet sich auf eine nach allen Erfordernissen abgeschlossene Verabredung, so dient dieselbe nicht nur zum Beweis, sondern sie ist auch verbindlich[89]), und kann nicht anders davon abgewichen werden, als wenn ausdrücklich verabredet ist, daß ehe der Contract nicht ins Reine gebracht worden, kein Theil daran gebunden seyn solle[90]).

Klagen 3. Th. §. 763. Anderer Meinung, wiewohl ohne genugsamen Grund, sind jedoch LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 68. GRASSUS cit. Disputat. §. 33. sqq. MADIHN in Princip. iur. Rom. P. I. §. 84.

88) *Pet.* MÜLLERI Diss. de Minuta vulgo von Punktationen. *Ienae* 1690. *Henr.* HILDEBRANDI Diss. de punctationibus vulgo von Entwürfen oder ersten Aufsätzen. *Altdorf.* 1699.

89) Klaproth a. a. O. Hiermit stimmt auch das allgemeine preußische Gesetzbuch 1. Th. 5. Tit. §. 120. u. 121. überein, wo es heißt: „Eine von beyden Theilen unterschriebene Punktation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentliche Bedienungen des Geschäfts erhellet, ist mit einem förmlichen Contract von gleicher Gültigkeit. Es kann also auf Erfüllung derselben geklagt werden."

90) *L.* 17. *Cod. de fide instrum.* STRYCK de cautelis contract. Sect. I. cap. 6. §. 1. gibt zwar den Rath, man solle die Clausel beyfügen: Und soll diese Punctation so lange, bis ein solennes Instrument zu Papier gebracht, *ad instar plenissimi contractus ad agendum vel excipiendum*

§. 293 — 295.

1) Vom Betruge bey Verträgen. a) Begriff und verschiedene Eintheilungen des Dolus.

Ein Vertrag erfordert die wechselseitige Einwilligung der Paciscenten. Diese muß frey, also nicht durch Betrug, Irrthum, Furcht oder Gewalt veranlaßt worden seyn. Denn was die freie Entschließung hindert, stehet auch der Gültigkeit des Vertrages entgegen. Wie aber, wenn ein Betrug bey einem Vertrage vorgegangen wäre, was hat dieser für Folgen? Um diese Frage gründlich zu entscheiden, ist es nöthig, zuförderst den Begriff und die verschiedenen Eintheilungen des Betrugs zu entwickeln. Hier ist vor allen Dingen zu bemerken, daß das teutsche Wort Betrug mit dem lateinischen Wort *dolus* nicht einerley bedeute. Man denke z. B. an den dolus bey Verbrechen. Wer wollte es wohl einen Betrug nennen, wenn einer den andern ermordet oder bestohlen hätte? Hier heißt dolus der Vorsatz, ein Strafgesetz zu übertreten. Von diesem dolus ist der Betrug bey Verträgen ganz verschieden [91]). Dieser ist jederzeit mit einer Simulation verbunden. Denn wer seinen Mitcontrahenten bey einem Vertrag hintergeht, verbirgt demselben stets die wahre Beschaffenheit der

völlige Kraft und Wirkung haben. Allein dieß versteht sich von selbst. Eine bessere Cautel gibt Claproth a. a. O. Not. c. S. 11.

91) Man vergleiche hier Braun vom Betruge in Verträgen, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1752. Nr. V. und Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen II. Band Nr. 13.

Sache und sucht ihn durch Vorstellung und Erdichtung falscher Umstände auf seine Seite zu ziehen. Bald legt er einer Sache, welcher er gern los werden möchte, Eigenschaften bey, die sie nicht hat, oder verbirgt die Mängel und Gebrechen, die sie an sich trägt, sorgfältig, und denkt nicht daran, den andern, der auf die Vollkommenheit derselben rechnet, ohngeachtet er dessen Irrthum weiß, davon zu benachrichtigen. Bald aber, um einer Sache, auf welche er sein Auge geworfen hat, habhaft zu werden, weiß er durch seine Kunstgriffe den Besitzer nach seinen Absichten zu stimmen, und dessen Gemüth durch die rege gemachte Hoffnung eines zu erwartenden Vortheils, oder Furcht eines bevorstehenden Schadens in die Lage zu versetzen, die er haben will. In Beziehung auf Verträge hat daher unser Verf. den Dolus ganz richtig definirt, wenn er sagt: ***Est propositum alicui sub fictitiis bonorum vel malorum repraesentationibus damnum inferendi.*** Hier ist also Betrug die vorsetzliche Erweckung oder Unterhaltung einer unrichtigen Vorstellung bey einem andern, um ihn zu einem nachtheiligen Entschluß zu bestimmen. Da also nicht aller Dolus, sondern nur vorzüglich der Betrug bey Verträgen sich durch Verstellung äußert, so ergibt sich hieraus, daß der letztere nur eine Gattung vom Dolus sey. Was heißt nun aber ***Dolus*** überhaupt [92])? Im weitläufigen Ver-

92) *Pet. Velez de* Guevarra Tr. de definitione doli mali. *Salmant.* 1569. *Ge.* Noodt de forma emendandi doli mali, in contrahendis negotiis admissi, apud veteres, liber und besonders *Christ. Guil.* Wehrn Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque, quod interest, ratione, praestandi, *Lipsiae* 1795. 8. Cap. II. §. 4. pag. 27. seqq.

stande wird der Vorsatz, einem andern zu schaden, oder eigentlich jede Handlung, wodurch man dem andern wissentlich schadet, Dolus genannt, und in dieser Bedeutung kann der dolus entweder *bonus* oder *malus* seyn, je nachdem man dadurch entweder einen erlaubten oder unerlaubten Endzweck zu erreichen sucht. So z. B. ist es eine erlaubte Verstellung, wenn man dadurch von seinem Schuldner, dem der Concurs bevorstehet, seine rechtmäßige Forderung, obwohl nicht ohne Nachtheil anderer vorzüglicher Gläubiger, zu erhalten[93]) oder seine Sache um einen höhern Preis, als sie werth ist, an den Mann zu bringen gesucht hat, wenn nur in diesem letztern Falle das Verhältniß zwischen dem Preis und dem Werth der Sache nicht so ungleich ist, daß eine Verletzung über die Hälfte daraus entstehet[94]). Auf diesen dolus bonus beziehen sich unstreitig die Worte Ulpians, wenn dieser[95]) sagt: Posse et *sine dolo malo* aliud agi, aliud simulari, sicut faciunt, *qui per eiusmodi dissimulationem deserviunt et tuentur vel sua vel aliena*, denn bald nachher[96]) gedenkt er dieses Dolus namentlich, und bemerkt dabey, daß die Alten darunter eine erlaubte

93) *Sibi enim vigilavit creditor*, sagt Ulpian *L.* 6. §. 7. *D. Quae in fraud. creditor.*

94) Daher sagen die Gesetze: in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circum venire usque ad dimidium. *L.* 16. §. *pen. D. de Minor. XXV. ann. L.* 22. §. *ult. D. Locati. L.* 8. *Cod. de Rescind. vendit.* Beyspiele vom dolus bonus geben Cicero de offic. Lib. III. c. 12. und Leyser in Meditat. ad Pandect. Specim. LIX. medit. 1. et 2.

95) *L.* 1. §. 2. *D. de dolo malo.*

96) §. 3. *cit. L.*

Klugheit (*Solertiam*) verstanden hätten [97]). Soviel nun den dolus malus betrifft, so kann dieser entweder ein wahrer (dolus verus) oder ein vermutheter (dolus praesumtus) seyn. So z. B. vermuthen die Gesetze bey dem Vormunde einen Dolus, wenn derselbe nicht gleich nach übernommener Vormundschaft zur Errichtung eines Inventariums schreitet [98]). Eben so wird bey einer jeden an sich unerlaubten Handlung die böse Absicht vermuthet, wenn nicht ihr Urheber eine scheinbare unschuldige Ursache davon angeben kann [99]). Daß jedoch diese Vermuthung

97) *Ev.* Otto Diss. de dolo bono ad L. 1. §. 3. D. de dolo mal. (ej. *Dissertat.* Nr. 10.) *Io. Christ.* Winter Diss. de eo quod iustum est circa dolum bonum. *Helmst.* 1716.

98) *L.* 7. *pr. de admin. et peric. tutor.* Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *Inventarium* appellatur, *dolo fecisse videtur*, nisi forte aliqua necessaria vel iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Mehrere Beyspiele geben *L.* 36. *D. de Pecul. L.* 8. §. 9. et *L.* 44. *D. Mandati* (über welches letztere Gesetz Koehler Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. §. 1. nachzusehen.) *Cap.* 2. *X. de Deposito.* Ganz ohne Grund verwerfen daher diese Eintheilung Wissenbach Exercitat. ad Pandect. Disp. XIII. §. 29. *Ant.* Schulting Thes. controv. Decad. XI. §. 7. und Dompierre *de* Jonquieres in Specim. de Restitutionibus in integrum Tit. 3. §. 8. Aus der bloßen Unterlassung einer Pflicht, läßt sich jedoch im Zweifel ohne besondere gesetzliche Verordnung ein Dolus nie, sondern nur Nachläßigkeit, präsumiren. S. Wehrn c. l. pag. 28. und *Matth.* Stein D. de dolo praesumto in rebus per se licitis. *Rost.* 1712.

99) *L.* 1. *C. ad Leg. Corn. de Sicar. L.* 5. *Cod. de iniur.* Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 34. Bey Handlungen, die an sich erlaubt sind, läßt sich kein Do-

zum Erkenntniß einer peinlichen Strafe nicht genüge, verstehet sich von selbst[100]). Der wahre Dolus ist entweder *dolus ex proposito* sive *personalis*, wenn ich gleich Anfangs und schon vor unternommener Handlung wußte, daß sie dem andern schädlich seyn würde, und solche in der Absicht unternommen habe, um dem andern dadurch zu schaden[1]); oder *dolus ex re* sive *realis*, wenn ich erst nach unternommener Handlung erfahre, daß ich dem andern dadurch geschadet habe, gleichwohl aber diese unbillige Verletzung abzustellen mich weigere[2]). Ersterer ist wieder von zweyerley Art. Er

lus vermuthen, sondern muß von demjenigen, welcher ihn behauptet, erwiesen werden. *L.* 18. §. 1. *D. de probat.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. Add. *L.* 6. *C. de dolo.* Sehr ausführlich hat hiervon Mascardus de Probationibus Vol. II. Conclus. 532. gehandelt.

100) Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 22. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 25.

1) Auf diesen dolus ex proposito paßt eigentlich nur die Definition des Labeo *L.* 1. §. 2. *D. de dolo*, wo es heißt: *Dolum malum* esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circum veniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Ueber diesen Begriff ist viel gestritten. Vergleiche Hottomannus Observat. Lib. I. c. 10. Bachovius ad τα πρῶτα tit. de dolo mal. n. 2. Huber Digress. iur. Iustin. Lib. III. c. 25. Dompierre c. l. T. 3. §. 5.

2) *L.* 7. §. 11. *D. de pact.* Sive autem ab initio dolo malo pactum factum est, sive *post pactum* dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio. Siehe über diese Stelle die Sammlung der röm. Gesetze S. 26. und Koehler Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. V. §. 4. pag. 37. Ein Bey-

äußert sich entweder mit oder ohne Verstellung. Im ersteren Falle wird der Dolus ein heimlicher (dolus clandestinus) im andern aber ein öffentlicher (dolus manifestus) genannt [3]). Ersterer ist der gewöhnliche Betrug bey Verträgen [4]), letzterer aber der gewöhnliche Dolus bey Verbrechen [5]). Der Betrug bey Verträgen ist entwe-

spiel gibt *L.* 1. §. *ult. D. Depos.* Vergleiche auch *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Consil. LXVII. n. 16. pag. 233. Zuweilen wird auch *dolus ex re* genannt, wenn man von dem andern wissentlich etwas verlangt, was gegen Recht und Billigkeit ist. Dolo enim facit, sagt *L.* 2. §. 5. *D. de doli mali et met. except.* quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Add. *Cap.* 59. *de Reg. iur. in VIto.* S. WEHRN cit. loc. §. 4. pag. 32. not. 50.

3) Auf diese Eintheilung beziehen sich die Worte Ulpians *L.* 1. §. 2. *D. de dolo:* Posse et *sine simulatione* id agi, ut quis circumveniatur. S. *Io. Hartw.* REUTERI de Diss. doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu, praes. NETTELBLADT. *Halae* 1744. defensa §. 5. u. 8.

4) Daher sagt Pedius beym Ulpian *L.* 7. §. 9. *D. h. t.* ein Vertrag sey betrügerisch, wenn man in der Absicht, den andern zu vervortheilen, ihn etwas glauben macht, was falsch ist (*quoties, circumscribendi alterius causa, aliud agitur, et aliud agi simulatur*). Ein treffendes Beispiel hiervon erzählt CICERO de Offic. Lib. III. c. 14.

5) Zuweilen kann jedoch auch der dolus bey Verbrechen mit Simulation verbunden seyn. Man denke hier an den heimtückischen, verrätherischen Mord (homicidium proditorium), welcher hinterlistig durch versteckte und betrügerische Mittel, ja wohl gar unter dem Schein der Freundschaft verübt wird. Man denke ferner an die verschiedenen Arten des criminis falsi.

der *dolus causam dans*, wenn derselbe den Grund von dem ganzen Vertrag enthält, so daß ohne denselben der Vertrag gar nicht wäre geschlossen worden, oder *dolus incidens*, wenn selbiger nur die gegenwärtige Modification des Vertrags veranlaßt hat, so daß zwar der Betrogene dennoch würde contrahirt haben, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, aber nur nicht auf die Weise, wie der Vertrag nun des Betrugs wegen abgeschlossen worden ist [6]). Z B. ich würde eine gewisse Sache auf jeden Fall gekauft [illegible], allein das betrügerische Vorgeben des Verkäufers, daß dieselbe eine besondere Eigenschaft habe, verleitete mich, einen höhern Kaufpreis dafür zu bezahlen. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar mit Gerhard Noodt [7]) diese Eintheilung verwerfen, und es für einerley halten, ob der Betrug zur Eingehung eines Vertrags

6) Man vergleiche hier vorzüglich Nettelbladts angeführte Dissertation §. XIII. ff. Die meisten ältern Rechtsgelehrten vor Nettelbladt haben den Begriff vom dolo causam dante in zu enge Gränzen eingeschlossen, wenn sie dazu erfordern, daß einer, der nicht die Absicht hatte, einen Vertrag einzugehen, durch listige Ueberredungen dazu müsse verleitet worden seyn. Man sehe nur die Beschreibung Kurrers in Diss. de dolo causam dante und Hubers in Praelect. iur. civ. T. II. Lib. IV. Tit. 3. Digestor. §. 4. Allein daß es Fälle geben könne, wo auch ein Contrahent, der den andern zur Schließung des Vertrags nicht verführt, sondern bey dem ganzen Handel nur die Rolle des Verschwiegenen gespielt hat, sich eines doli causam dantis schuldig machen könne, hat Gmelin in der oben angeführten schönen Abhandlung von den Folgen des Betrugs bey Verträgen §. 90. gezeigt, und §. 96. mit einem merkwürdigen Beyspiel erläutert.

7) de forma emend. doli mali cap. 3. et 7. sqq.

die Veranlassung gebe, oder nur bey Gelegenheit desselben begangen werde, weil in dem einen, wie in dem andern Falle, der Vertrag nichtig sey [8]). Allein wenn gleich die gebrauchte Terminologie eine doctrinelle Erfindung ist, so ist doch die Eintheilung selbst in den Gesetzen allerdings gegründet, wie unser Verfasser in der Not. k. sehr richtig bemerkt hat [9]). Die Worte der daselbst angeführten *L. 7. pr. D. de dolo:* nullam esse venditionem, si *in hoc ipso, ut venderet*, circumscriptus est, geben den Begriff vom dolus causam dans so deutlich an, daß Noodt, um die Schwierigkeit zu heben, sich nicht anders, als durch den sinnreichen Einfall, zu helfen weiß, daß jene Worte nicht vom Ulpian, sondern ein unächter Zusatz eines unverständigen Glossators wären [10]). Man kann ihm aber bey der genauen Uebereinstimmung der Leseart in allen Ausgaben und Handschriften der Pandecten [11]) und bey der völlig

H 2

8) *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Digestor. Lib. IV. Tit. 3. §. 4. *Ioan.* WOLBERS Observation. decad. (*Groening.* 1736. 4.) Cap. 4. et 5. (adj. *Pet. de* TOULLIEU *Collectan.*) DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Restitutionibus in integrum Tit. 3. §. 23. sqq. GUNDLING in Protis Digestor. lib. IV. Tit. 3. §. 4. sqq. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 38. Braun in der Abhandlung vom Betrug in Verträgen S. 39. f. *Burch. Christ.* BEHR Diss. de actione doli mali §. 8. Claproth in der Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge §. 6. S. 14.

9) S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 474.

10) S. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 14. und de form. emend. doli mal. cap. 14.

11) Noodt kann selbst nicht läugnen, daß die Worte, welche er als ein Glossem wegstreichen will, in den Florentini-

gleichlautenden griechischen Uebersetzung dieser Stelle in den Basiliken[12]) um so weniger hierin beystimmen, als wirklich bey richtiger Erklärung derselben, nicht wohl einzusehen ist, warum die angeführten Worte mit dem Ganzen keinen Zusammenhang haben, sondern den Sinn Ulpians entstellen sollten. Man betrachte nur die Stelle in ihrem ganzen Zusammenhange. Sie lautet so: Et eleganter POMPONIUS haec verba: *Si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod IULIANUS libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque, consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumissit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit: aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere. Ulpian bemerkt hier bey den Worten des Edicts de dolo malo: *Si alia actio non sit*,

schen Pandecten gelesen werden, und auch in den besten Ausgaben des Hugo a Porta, Blaublommius, Vintimillius, Robert Stephanus, Russardus, Charondas und Petrus *ab Area Baudoza* stehen sie ebenfalls.

12) In den *Basilicis* Lib. X. Tit. 3. Tom. I. pag. 599. lauten die Worte folgendermaßen: *ἤ ἄκυρός ἐστιν ἡ πρᾶσις, ἐὰν ἐις αὐτὸ τὸ πωλῆσαι γέγονεν ὁ δὸλος*; d. i. nach der Fabrottischen Uebersetzung: aut irrita est venditio, si in hoc ipso, ut venderet, dolus adhibitus sit.

iudicium dabo, daß Pomponius solche zwar ganz richtig so verstehe, wenn zur Erhaltung der Sache demjenigen, welchem sie gehört, kein anderes Rechtsmittel übrig ist, dann könne sich derselbe der **actionis de dolo** bedienen; es sey jedoch diese Erklärung nicht außer allem Zweifel. Denn es scheine ihr entgegen zu stehen, wenn Julian schreibt, ein Minderjähriger, der durch listige Ueberredung seines Sklavens wäre verleitet worden, diesen mit dem Pekulium zu verkaufen, könne, wenn ihn der Käufer freygelassen hätte, auch gegen den Freygelassenen die **actionem de dolo** anstellen. Daraus könnte man schließen, daß nach Julians Meinung dem Betrogenen die **actio doli** zustehe, wenn er gleich durch eine andere Klage das Seinige erhalten könne. Denn entweder hat der Käufer an dem Betruge des Sklavens Antheil genommen, oder nicht. Im erstern Falle kann ja die **actio venditi** gegen den Käufer angestellet werden; im andern Falle aber könnte der Verkäufer seiner Minderjährigkeit wegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Ulpian begegnet nun diesem Zweifel auf folgende Art. Julian, sagt er, setzt den Fall voraus, daß der Käufer von dem Betruge des Sklavens nichts gewußt hat. Denn wäre der Käufer ebenfalls **in dolo**, so würde freylich die **actio venditi** wider denselben angestellet werden müssen[13]); oder, eigentlich zu reden, der Kauf **ipso iure** null und nichtig seyn[14]), wenn dieser Dolus den Grund

13) Schon Accursius hat angemerkt, daß die Worte *ut ex emto teneri non possit*, von der **actione venditi** zu verstehen sind.

14) Diese Erklärung bestätigen die *Basilicä* a. a. O. wo es nach der Fabrottischen Uebersetzung heißt: *Nam si dolo non careat*

vom ganzen Contract enthalten sollte[15]). Gilt nun der Kauf in diesem Falle nicht, so ist auch die Manumission ungültig[16]). Es kann also hier die actio doli gegen den Freygelassenen auf keine Weise Statt finden. Wäre hingegen der Käufer des Sklavens an dem Betruge desselben unschuldig, so ist der Kauf an sich gültig, und gegen den

emtor, tenetur actione ex emto; aut irrita est venditio etc. Nach den Worten: *aut nullam esse venditionem*, ist also das Wort *dicemus* in Gedanken zu ergänzen, welches auch in der *L.* 12. §. 9. *D. Mandati* und in mehreren andern Stellen weggelassen, und der Infinitivus allein gesetzt worden, wie *Io.* Cannegieter ad Ulpian. pag. 112. et 139. bemerkt. Siehe auch *Pet. ab* Area Baudoza, Russardus und Charondas ad L. 7. cit.

15) Verschiedene Rechtsgelehrten, welche zwar die Worte: *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*, für kein Glossem halten, glauben wenigstens, daß solche ohne Emendation nicht bestehen könnten. Iensius in Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. pag. 22. will daher statt aut vielmehr *haut* oder *haud* lesen, und die Worte so erklären, Julian habe also keinen solchen Fall vorausgesetzt, wo der Verkauf des Betrugs wegen ipso iure nichtig ist. Wolbers in Observat. cap. 5. pag. 25. hingegen streicht das *aut* ganz weg, und lieset statt si in hoc ipso, ut venderet, vielmehr *si ab hoc ipso*, *ut venderet*, *circumscriptus est*. Allein alle diese Emendationen sind unnütz. Man sehe vorzüglich *Io. Bern.* Koehleri Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. Cap. 5. §. 8. pag. 45. sqq.

16) So Cujacius ad L. 7. Wissenbach Exercit. ad Pandect. Disputat. XIII. §. 34. p. 108. und Pothier in Pandectis Iustinian. Tit. I. de dolo malo nr. XII. Not. a. b. et c. pag. 136. Anderer Meinung ist jedoch *Ant.* Faber in Rational. ad Pandect. h. L. T. I. pag. 472.

Käufer findet gar keine Klage Statt. Es kann aber auch in diesem Falle gegen den Freygelassenen keine andere Klage, als die actio de dolo, angestellet werden; denn, daß der Verkäufer minderjährig ist, kommt hier nicht in Betrachtung, weil gegen eine gültig geschehene Freylassung kein Wiedereinsetzungsgesuch in den vorigen Stand rechtliches Gehör findet. Julians Meinung sey also der Erklärung des Pomponius auf keine Weise entgegen. So wie nun dieses Gesetz den Begriff und die Wirkung des doli causam dantis außer allen Zweifel setzt, so fehlt es auch nicht an Gesezen, welche die Idee und Wirkung eines sogenannten doli incidentis angeben. So heißt es z. B. in der *L.* 13. §. 4. *D. de actione emti venditi:* Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, emti eum iudicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel ab eo artificio instructus. Hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo der Dolus des Verkäufers nicht zu dem Kauf selbst, sondern nur zu der gegenwärtigen Modification desselben Anlaß gegeben hatte, und die Klage, die deshalb dem Käufer gegeben wird, gehet nicht auf Annullation des ganzen Kaufs[17]).

§. 296.

b) Von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen.

Wenn nun die Frage entstehet, was der Betrug bey Verträgen für Folgen habe? so ist vor allen Dingen darauf zu sehen, ob ein Contrahent den andern hintergangen, oder ob

17) Nettelbladt in der angeführten Dissertation §. 17. p. 22.

ein Dritter den Betrug gespielet habe. Im erstern Falle sind entweder von beyden Seiten Betrügereyen vorgefallen, oder nur der eine Mitcontrahent allein ist Urheber von dem beym Vertrage gespielten Betrug. In jenem Falle hebt sich die gegenseitige Verbindlichkeit durch Compensation dergestalt, daß keiner von beyden gegen den andern klagen kann [18]). Ist also der Vertrag noch nicht vollzogen, so kann kein Contrahent gegen den andern auf Erfüllung desselben klagen [19]); ist hingegen der Handel von beyden Seiten schon erfüllet, so kann keiner von dem andern wegen des Betrugs Entschädigung verlangen [20]). Den Grund hiervon

18) *L.* 36. *D. de dolo malo*: Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. *L.* 3. §. 3. *D. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sist.* Si et stipulator dolo promissoris, et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit, quominus ad iudicium veniret: neutri eorum Praetor succurrere debebit, ab utraque parte dolo compensando. Wehrn cit. lib. cap. II. §. 5. pag. 38.

19) *L.* 57. §. 3. *D. de contrah. emt.* Quodsi uterque sciebat, et emtor et venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando; et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente. *Ant.* Faber in Rational. ad h. L. und Noodt de forma emend. doli mali cap. XI. wollen zwar in dieser Stelle nichts als Ungereimtheiten und Widersprüche finden, und halten daher dieselbe für verfälscht; allein man sehe Dompierre de Ionquieres Specim. de restitution. in integrum Tit. III. §. 26. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzinskontract §. 56. S. 57.

20) Der Kläger, dem die exceptio doli entgegen gesetzt wird, kann sich wegen des gegenseitigen Dolus mit keiner Replik

gibt Labeo beym Ulpian[21]) an, wenn er sagt: iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse; ei vero, cum quo ageretur, poenae esse: cum longe aequissimum sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorum nihil consequi. Es kommt bey dieser Compensation auch nicht in Betracht, ob der gegenseitige Schade gleich groß ist; nein, wenn beyde Theile einander hintergangen haben, so kommt, wie Ulpian[22]) sagt, immer derjenige am besten weg, welcher den Vortheil in Händen hat. Man setze also, A. habe in einem Tauschhandel mit dem B. für ein Pferd, welches einen, nur dem erstern allein bekannten, geheimen Hauptmangel hatte, alte verlegene Waaren, statt der versprochenen frischen, erhalten; hier kann kein Theil gegen den andern auf Schadensersatz, noch auf Richtigkeit des Contracts klagen[23]). Ist nun aber nur

helfen. *L.* 4. §. 13. *D. de doli mali et met. except.* Denn wenn beyde Contrahenten einander betrogen haben, so findet auf keiner Seite eine Verbindlichkeit Statt. *L.* 34. §. 3. *D. de contrah. emt.* S. *Gebh. Christ.* Bastineller Diss. de pari turpitudine. *Vitemb.* 1734. §. 6. und *Six. Iac.* Kapff Diss. de compensatione circa maleficia vel quasi. *Tübing.* 1778. §. 12.

21) *L.* 4. §. 13. *D. de doli mali et met. exc.* Man vergleiche vorzüglich Jensius in Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. p. 458. und Kapff cit. Dissert. §. 13.

22) *L.* 154. *D. de Reg. iur.* Cum par delictum est duorum semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori, *aut si rei quoque in ea re dolo actum sit.*

23) S. Titius in Observat. ad Lauterbachii compend. iur. Lib. XLIV. Tit. IV. Obs. 1131. In dem allgemeinen Gesetzbuch für die preuß. Staaten I. Th. Tit. V.

der eine Mitcontrahent allein Urheber des bey dem Vertrage gespielten Betrugs, so hat man wieder darauf Rücksicht zu nehmen, ob der dolus causam dans oder incidens ist. Im erstern Falle ist nach dem natürlichen Rechte der ganze Vertrag nichtig. Denn der Betrogene würde ohne den vom andern Theile gespielten Betrug gar nicht contrahirt haben. Dieser dolus causam dans stehet also der Einwilligung in den Vertrag ganz im Wege, und muß folglich auch den darauf sich gründenden Vertrag durchaus nichtig machen. Ist hingegen der dolus nur incidens, so hat derselbe nicht den Vertrag selbst, sondern nur die gegenwärtige Modification desselben veranlaßt. Der Hintergangene würde denselben auch ohne den Betrug, welchen sein Mitcontrahent gespielt hatte, abgeschlossen haben. Der Betrogene hat also zwar in den Vertrag selbst, aber nicht in die gegenwärtige Modification desselben gewilliget. Folglich ist der Vertrag an sich nicht nichtig, sondern es kann der Betrug nur eine Nichtigkeit dessen nach sich ziehen, was die Modification des Handels betrifft[24]). Das römische Recht befolgt diese Grundsätze nicht durchaus, sondern macht einen Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten. Bey den erstern hatte der Betrug eine ganz andere Wirkung, als bey den Contracten der letztern Art. Bey

§. 357. heißt es: Sind von beyden Seiten Betrügereyen vorgefallen, so bestehet der Vertrag, und keiner von beyden kann gegen den andern auf Entschädigung klagen."

24) NETTELBLADT cit. Diss. de doli incid. et caus. dant. in contract. effectu §. 28. Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, im 2. Band der gem. jur. Beobachtungen §. 91.

den bonae fidei contractibus sahen die Römer vorzüglich auf Billigkeit, diese war der Grund, daß die Contrahenten bey einem solchen Vertrag redlich und aufrichtig gegen einander handeln mußten. So wie sie also nicht nöthig hatten, wegen eines dabey zu befürchtenden Betrugs sich besonders mittelst einer ausdrücklich hierauf gerichteten Clausel vorzusehen[25]), so war es auch bey den bonae fidei iudiciis nicht einmal nöthig, den Prätor um die Formel für die Ausflucht des Betrugs zu ersuchen, oder derselben in Iure einige Erwähnung zu thun[26]), sie konnte auch noch bey dem Iudex pedaneus angebracht werden, welcher, da er überhaupt einen solchen Streit nach Recht und Billigkeit schlichten sollte[27]), unstreitig auch darüber erkennen konnte. Solche Contracte wurden also nicht erst durch den Prätor wegen eines Betrugs umgestoßen, die daraus entspringenden Klagen nicht erst durch eine prätorische Exception über den Haufen geworfen, sondern durch sich sebst vernichtet[28]). Hier fanden also die Grundsätze des Naturrechts ihre volle

25) *L.* 68. §. 1. *D. de contrah. emt.* Daher sagt Ulpian in der *L.* 152. *D. de div. Reg. iur.* daß die praestatio doli in einem jeden contractu bonae fidei stecke.

26) Exceptio enim doli ipso iure inest bonae fidei iudiciis. *L.* 21. *D. Soluto matrimon.* *L.* 84. §. 5. *D. de Legat.* I. *Ant.* Schulting in Enarrat. part. prim. Digestor. lib. IV. Tit. 3. §. 5.

27) §. 30. *I. de Actionib.* In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.

28) Vortrefflich hat dieses *Ios.* Averanius Interpretation. iuris Lib. I. cap. 14. n. 32. sqq. pag. 93. ausgeführt. Man vergleiche auch *Io. Matth.* Magni Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. *Thes.* Meermann. Tom. III. pag. 268.

Anwendung. Ein dolus causam dans mußte daher eine Nichtigkeit für den ganzen Contract nach sich ziehen[29]). Der Betrogene stellte also entweder die aus dem Contract selbst entstehende Klage auf dessen Zernichtung an[30]), oder er schützte sich mit der Einrede des Betrugs, wenn er aus dem betrüglichen Contract von seinem Mitcontrahenten belangt wurde. Jedoch erklärte der Richter wegen eines doli causam dantis den Contract nicht eher für nichtig, als wenn der Betrogene darauf bestand. Denn dieser kann auch, wenn er will, den Vertrag für beständig annehmen,

29) *L.* 7. *pr.* *D. de dolo.* *L.* 16. §. 1. *D. de Minorib.* *L.* 3. §. *ult.* *D. pro Socio.* *L.* 1. *Cod. de resc. vendit.* Einige ältere Rechtsgelehrten glauben zwar, daß nach röm. Rechten der dolus keine Rechtsgeschäfte, mithin auch nicht die bonae fidei Contracte, an sich nichtig mache, wenn gleich derselbe causam dans wäre, z. B. Summermann in Comment. ad πρῶτα Tit. de dolo malo §. 7. allein diese irrige Meinung ist längst widerlegt und verworfen worden. Man vergleiche hierüber Bachovius ad *Treutlerum* P. I. Disput. XXVIII. Th. 2. lit. F. Vinnius selectar. iuris quaestion. Lib. I. cap. 12. Cocceji Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. Finestres in Hermogeniano pag. 474. Voet in Commentar. ad Pandect. tit. de dolo malo §. 3. Dompierre *de* Jonquieres cit. Specim. de Restitut. in integrum Tit. 3. §. 23. sq. Wehrn cit. doctrina iuris Cap. II. §. 5. pag. 40.

30) *L.* 11. §. 5. *D. de action. emti vend.* Si quis *virginem* se emere putasset, cum mulier venisset et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen *ex emto* competere actionem *ad resolvendam emtionem*, ut pretio restituto mulier reddatur. Man sehe über diese Stelle Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzins-Contract §. 397.

und mit der daraus entspringenden Klage nur sein Interesse fordern[31]). Ist hingegen der dolus blos incidens, so war und blieb der Contract gültig, und der Betrogene konnte nur auf die Ersetzung des Schadens und Leistung des Interesse klagen[32]). Mit den stricti iuris Contracten

31) *L.* 62. §. 1. *D. de contrah. emt.* Quisque enim iuri pro se introducto renunciare potest; nec aequum est, ut, quae in alicuius favorem constituta sunt, invito eo in eius iniuriam detorqueantur. VOET ad Pandect. tit. de dolo §. 7. DOMPIERRE cit. loc. §. 26. Daher kann der Betrüger selbst nie auf Zernichtung des Contracts dringen, wenn der Betrogene denselben gehalten wissen will. SCHULTING ad *τα πρῶτα* Pandectar. Lib. IV. Tit. 3. §. 8.

32) *L.* 13. §. 4. *et* 5. *L.* 32. *L.* 49. *D. de act. emt. vendit.* Z. B. wenn der Käufer durch des Verkäufers zu leichtes Gewicht betrogen worden, so klagte er auf Nachschuß des Abgangs der Waare *actione emti.* Denn diesen Nachschuß hatte er mit behandelt. War hingegen der Verkäufer durch des Käufers zu schweres Gewicht betrogen worden, so forderte er das, was der Käufer zu viel an Waare erhalten, mit der condictione indebiti oder furtiva zurück. Die actio venditi paßte hier darum nicht, weil der Verkäufer diesen Ueberschuß nicht mit verhandelt hatte. S. Westphal a. a. O. §. 776. Einen besondern Fall eines doli incidentis enthält die angeführte *L.* 49. *pr. D. de act. emti.* Der Verkäufer eines Grundstücks hatte zur Hintergehung des Käufers Jemanden angestellt, der solches um ein sehr hohes Geld in Pacht nehmen mußte, damit der Käufer darnach die Größe des Werths vom Grundstück beurtheilen, und einen desto höhern Preis dafür bezahlen möchte. Um denselben desto sicherer zu machen, hatte der Verkäufer wegen des Pacht und der fünfjährigen Pachtzahlung selbst Bürgschaft übernommen. Denn Prädia pflegten bei den Römern gewöhnlich auf fünf Jahre

verhielt sich die Sache ganz anders. Hier hieng die Gültigkeit des Vertrags so sehr von der Contractsformel ab, daß alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin festgesetzt war, auch zu den Bestimmungen desselben nicht gehörte, und darauf gar keine Rücksicht genommen wurde[33]). Hatte also bey diesen Contracten ein Contrahent in Ansehung des Betrugs gegen den andern sich nicht ausdrücklich vorgesehen, so konnte aus dem Contract selbst deßfalls nicht geklagt werden. Weil es indessen gegen alle Billigkeit war, wenn ein Contrahent sich mit dem Schaden des andern durch seinen Betrug bereichern sollte, so erfand Aquilius Gallus[34]) eine eigene Formel für den Betrug, womit der Betrogene gegen seinen Mitcontrahenten, der unredlich gegen ihn gehandelt hatte, bald klagend auftreten, bald aber gegen die unbilligen Forderungen desselben sich schützen konnte[35]). Von diesem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in

verpachtet zu werden. Dessen ungeachtet konnte der Käufer wegen des gespielten Dolus gegen den Verkäufer die Herabsetzung des Werths klagen, da die Collusion entdeckt wurde. Die von dem Verkäufer wegen des fünfjährigen Pachts übernommene Bürgschaft konnte diesen nicht schützen. Denn gesetzt, daß auch die fünf Jahre der hohe Pacht dem Käufer bezahlet wurde, so ersetzte ihm dieses dennoch den Schaden aus dem zu hoch bezahlten Kaufpretium nicht hinlänglich. Finestres in Hermogeniano pag. 471. sqq. und Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 775. S. 581. haben diese Stelle gut erläutert.

33) *L.* 126. §. 2. *in fin. D. de Verb. Obligat.*

34) Cicero *de Officiis* Lib. III. cap. 14.

35) Nach der röm. Prozeßordn. mußte bei den iudiciis stricti iuris der Beklagte, wenn er sich gegen die erhobene Klage

den vorigen Stand, welches unter dem Namen der actionis und exceptionis doli in Anwendung gebracht wurde, wird in dem dritten Titel des vierten Buchs mit mehrerem gehandelt. Der Betrug hatte also auf einen stricti iuris Contract gar keinen Einfluß, nach den Gesetzen war er vielmehr ganz gültig, nur das prätorische Hülfsmittel entkräftete ihn [36]). Daß dieser Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten in unsern Tagen von keinem practischen Nutzen sey, ist bekannt. Alle Verträge, die in Teutschland errichtet werden, sind ohne Ausnahme bonae fidei. Wir kennen keine Contracte, an deren Formel unsere Richter, wie der römische Iudex pedaneus, gebunden wären, sondern sie müssen bey Beurtheilung derselben vorzüglich auch auf die natürlichen Bestimmungen eines Vertrags Rücksicht nehmen [37]). Es findet daher bey

der Ausflucht des Betrugs bedienen wollte, die Formel dieser Exception sich von dem Prätor erbitten. Hatte er die exceptionem doli nicht in iure angebracht, so konnte er sich hernach bey dem Iudex pedaneus darauf nicht mehr berufen, sondern dieser mußte ihn ohne weiteres condemniren, weil er an die ihm vom Prätor ertheilte Formel streng gebunden war. S. Averanius Interpretation. Lib. I. cap. 14. n. 30—32. Schulting ad πρῶτα tit. de dolo §. 9.

36) *L.* 5. *Cod. de inutil. stipulat.* Voet in Comment. ad Pand. lib. IV. Tit. 3. §. 6.

37) *Christph. Andr.* Remer Tract. de vero ex iure Rom. statui Germaniae accommodato obligationum valore Sect. I. Cap. 3. §. 38. sqq. Boehmer doctr. de actionibus Sect. I. c. 3. §. 44. sqq. Anderer Meinung ist zwar Cocceji in iure civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. in fin. allein man sehe Emminghaus ad Coccejum h. l. not. f. pag. 353.

uns in Absicht auf den Betrug die von den römischen Ge- Gesetzen allen **negotiis bonae fidei** gebilligten Grundsätze des Naturrechts Statt, mit denen sich aber wohl schwerlich die Meinung unsers Verfassers vereinigen läßt, wenn dieser bey einem begangenen **dolus incidens** dem Betrüger die Wahl gibt, ob er die Läsion vergüten, oder gegen Zurückgabe des Empfangenen von dem geschlossenen Handel abgehen wolle [38]). Denn einmal würde man auf solche Art dem Betrüger mehr Recht einräumen, als dem Betrogenen selbst nach den Gesetzen zustehet. Dieser kann aber wegen eines von dem Mitcontrahenten gegen ihn gespielten **doli incidentis** nicht auf Nullität des Contracts, sondern nur auf die Ersetzung seines Schadens klagen [39]). Sodann könnte ja dem Betrüger, wenn ihm sein Dolus mißlungen ist, so gut an der Aufhebung des geschlossenen Contracts, als dem Betrogenen an der Aufrechthaltung desselben gelegen seyn. Wollte man nun hier für den Betrüger sprechen, so würde man seinen Dolus offenbar begünstigen. Ein solches Erkenntniß würde aber gegen alle Billigkeit streiten, **cum nemini dolus suus prodesse possit** [40]). Endlich beweisen auch die von unserm Verf. angeführten Gesetze seine Meinung nicht. Die zuerst angeführte *L.* **12.** §. **1.** *D. de iure dot.* sagt zwar, wenn die Ehefrau durch

38) **Wehrn in cit. doctr. iuris de damni praestat. Cap. II. §. 5. not. 42. pag. 44.** hat diesen Irrthum auch nicht unbemerkt gelassen.

39) *L* 13. §. 4. *et* 5. *L.* 32. *et L.* 49. *pr. D. de action. emt. vendit.* S. Westphals Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 774. folg.

40) *L.* 1. §. 1. *D. de doli mali et met. except.*

unbillige Taxe des Heyrathsgutes vervortheilet worden, so habe der Ehemann die Wahl, ob er diese Läsion durch Zulegung desjenigen, was an dem wahren Werthe fehlt, vergüten, oder das Heyrathsgut selbst zurückgeben wolle; allein der H. Verf. hat nicht bedacht, daß bey der aestimatione dotis um jeder unbilligen Taxe willen eben so gut, als wie bey einer laesio enormis, auf die Wiederaufhebung des ganzen Handels geklagt werden kann, wofern der Gentheil die Läsion nicht repariren will[41]). Hieraus läßt sich nun aber wohl keine allgemeine Regel für den dolus incidens herleiten. Die andere Gesetzstelle, *L.* 13. §. 4. *D. de action. emti vend.* spricht vollends ganz gegen unsern Verf. Denn darin wird ausdrücklich gesagt, der Verkäufer könne wegen des gegen den Käufer gespielten Betrugs, wodurch er diesen verleitet hat, für die Sache mehr zu bezahlen, als sie werth ist, mit der actione emti auf die Entrichtung des Interesse belangt werden. Ist der dolus causam dans, so hat zwar der Betrogene, in sofern er seiner Seits den Contract schon erfüllet hat, die Wahl, ob er gegen seinen betrügerischen Mitcontrahenten auf die Erfüllung oder auf die Aufhebung des Handels klagen will[42]). Allein

41) CUJACIUS Observat. Lib. XVII. cap. I. *Scip.* GENTILIS Disputat. de aestimatione rerum in dotam datarum; adject. EJUSDEM Tractat. *de bonis maternis* (*Hanoviae* 1606.) pag. 190. sqq.

42) COCCEJI in iure civ. controv. lib. IV. Tit. 3. Qu. 3. glaubt zwar, daß eigentlich aus einem solchen Contract, der ob dolum causam dantem nichtig ist, nicht auf Erfüllung geklagt werden könne, sondern es geschehe nur per indirectum, daß die Klage von Wirkung sey, weil der Beklagte, wenn sich derselbe mit der

hat der Betrüger seiner Seits den Contract schon erfüllet, so kann derselbe gegen den Betrogenen wenigstens darauf klagen, daß dieser sich erkläre, ob er ihm das Seinige zurückgeben, oder den Vertrag halten wolle[43]).

Ich komme nun auf den Fall, da keiner der Hauptcontrahenten, sondern ein Dritter den Betrug gespielt hat. Hier ist nun die Frage, was dieser Betrug für Einfluß auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Vertrags habe, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Leyser[44])

Ausflucht, daß der Contract nichtig sey, schützen wollte, offenbar seine eigene Schande bekennen würde, folglich um so weniger rechtliches Gehör finden kann, da ihm die replica doli entgegen gesetzt werden könnte. Allein dagegen hat schon Voet in Com. ad Pandect. eod. Tit. §. 7. erinnert, daß es auf Seiten desjenigen, der den Betrug gespielt hat, an einem vollkommenen Consens nicht fehle; und kann man mit der Klage aus dem Contract auf dessen Zernichtung klagen, so kann auch ex contractu in se nullo auf dessen Erfüllung geklagt werden, wenn derjenige, der auf die Aufhebung des Contrats klagen könnte, sich dieses seines Rechts nicht bedienen will. *L. 41. D. de Minor. L. penult. Cod. de pactis.*

43) *L. 13. §. 27. D. de actionib. emti vend.* Si quis, colludente procuratore meo, ab eo emerit: an possit agere ex emto? Et puto hactenus, ut aut stetur emtioni aut discedatur. Das Gesetz redet zwar eigentlich von einem solchen Fall, da der Betrüger nicht mit dem Betrogenen selbst und unmittelbar, sondern mit desselben Anwald contrahirt hat; allein daß auch in andern Fällen die nämliche Entscheidung gelten müsse, hat schon Westphal in der Lehre des gem. Rechts vom Kauf rc. §. 778. bemerkt.

44) in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LIX. medit. 4. und Vol. V. Spec. CCXCVI. Medit. 9. Dieser Meinung pflichtet

behauptet, daß der ganze Contract nichtig sey, wenn der Betrug des Dritten die Veranlassung dazu gegeben, und dem Betrogenen dabey keine Schuld beygemessen werden könne. Aus positiven Gesetzen lasse sich zwar kein Grund für diese Entscheidung hernehmen, allein das Recht der Vernunft und die Billigkeit sprächen dafür, zu welcher man hier bey dem Mangel an positiven Gesetzen seine Zuflucht nehmen müsse. Denn wer durch den Betrug eines Dritten zur Schließung eines Contracts verleitet worden ist, irre ohne Zweifel. Der Irrthum aber mache einen Vertrag ungültig, wenn solcher von dem Irrenden nicht leicht zu heben gewesen. Allein dagegen erinnert Schöpff[45]), daß der Betrug des Dritten dem unschuldigen Mitcontrahenten, der nichts davon gewußt, eben so wenig, als der Irrthum des Betrogenen, wozu er gar nichts beygetragen, zur Last fallen könne. Daher sind die meisten Rechtsgelehrten[46]) der Meinung, daß der Vertrag, des Betrugs des Dritten ungeachtet, unter den Contrahenten selbst bestehe, der Betrogene also sich an den Betrüger halten müsse, der ihn in Schaden gebracht hat. Allein mich dünkt, daß man die

auch WEHRN in doctrina iuris explicatrice cit. cap. II. §. 5. pag. 44. bey.

45) *Wolfg. Adam.* SCHOEPFF Diss. de dolo et vi tertii, ac effectibus eorum. *Tubingae* 1741. §. 4.

46) BARGALIUS de dolo malo Lib. II. cap. 13. Div. 6. n. 4. sqq. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. Th. 29. ibique MÜLLERUS. ZOESIUS in Comm. ad Pandect. tit. de dolo n. 11. HUBER in praelect. ad Pandect. eod. Tit §. 4. VOET in Comm. ad Pandect. eod. tit. §. 5. COCCEJI in iure civ. controv. eod. tit. Qu. 5. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 400. nr. XLIV. pag. 321. u. a. m.

mancherley Verhältnisse, in welchen ein Dritter zu oder bey der Errichtung des Vertrags mitgewirkt haben kann, nicht gehörig unterschieden habe. Man unterscheide daher mit Herrn Hofrath Gmelin[47]) folgende Fälle. Der Dritte, welcher den Betrug gespielet hat, ist entweder bey der Abschließung des Vertrags im Namen eines der Hauptcontrahenten, als Bevollmächtigter, gegenwärtig gewesen, oder nicht. Im ersteren Falle hat dieser Geschäftsträger entweder dem ihm gegebenen Auftrage bey der Abschließung des Contracts vollkommen gemäß gehandelt, oder er hat die Grenzen seiner Gewalt überschritten. In jenem Falle ist und bleibt der Vertrag unter den Hauptcontrahenten gültig, wenn gleich der andere nachher von seinem Mandatarius wäre betrogen worden. Der Betrogene kann sich deshalb gegen den unschuldigen Mitcontrahenten keiner Einrede bedienen, sondern dieser behält sein aus dem Contract erworbenes Recht, und kann aus dem Vertrage mit eben der Wirkung klagen, als wenn er mit dem betrogenen Contrahenten den Vertrag selbst geschlossen hätte. Der Betrogene muß sich hier an seinen Mandatarius halten, durch dessen Bosheit er in Schaden gesetzt worden ist[48]). Ueberhaupt aber läßt sich in diesem Falle nicht einmal mit Recht behaupten, daß der Betrug durch einen Dritten gespielet worden sey, weil Mandatarius und Mandant nur wie eine Person angesehen werden[49]). Man setze also den Fall, ich

47) in der angef. Abhandlung. §. 101. ff.

48) *L.* 11. §. 4. *in fin. D. de institor. act. L.* 5. *pr. D. de tribut. action.*

49) S. *Io. Eberwin.* DILTHEY Disp. de persona mandantis mandatario imposita. *Goett.* 1743.

gebe dem Titius eine goldene Uhr, um darauf eine Summe Geldes bey dem Cajus für mich aufzunehmen. Titius erhebt auch diese Summe wirklich, bringt sie aber beym Spiele durch. Hier bin ich des Cajus Schuldner dennoch eben so gut, als ob ich das Geld empfangen hätte, und der Gläubiger ist auch nicht schuldig, die Uhr mir eher herauszugeben, als bis er gänzlich befriediget ist. Oder ich gebe Jemandem eine Sache, um sie für einen bestimmten Preis zu verkaufen. Mein Mandatarius verkauft sie auch dem Auftrage gemäß, gehet aber mit dem Gelde durch. Hier bleibt der Kauf dennoch gültig, und ich kann die Sache von dem Käufer nicht zurückfordern [50]). Hat hingegen der Mandatarius seine Gewalt gemißbraucht, und sich an die ihm gegebene Vorschrift nicht gehalten, so kann der Bevollmächtigte in so weit, als er die ihm angewiesenen Grenzen überschritten hat, seinen Mandanten nicht verbindlich machen. Zwar wollen mehrere angesehene Rechtsgelehrten [51]) es für billiger halten, daß auch in diesem Falle der Betrug des Geschäftsträgers nur dem Mandanten schade, der ihm getrauet hat, und in der Wahl desselben unvorsichtig zu Werke gegangen ist, als daß der unschuldige Contrahent, welcher sich aus redlichen Gesinnungen mit demselben in ein Geschäft einließ, durch die Bosheit desselben in Schaden gesetzt werden sollte. Allein der Analogie des Rechts ist diese

50) Schoepff cit. Diss. §. 9.

51) Leyser in Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCXXI. Medit. 4. Hertius in Diss. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii §. XI. (*Opusc.* Vol. I. Tom. III p. 163.) Schoepff cit. Diss. §. 7. Cannegiesser in Decision. Hasso-Cassel. Tom. II. Decis. XVIII. n. 11.

Meinung nicht gemäß. Die Gesetze sprechen ganz entscheidend und ohne Ausnahme, daß ein Mandatarius nichtig handle, wenn er der ihm ertheilten Vorschrift nicht gemäß verfährt, und daher seinen Mandanten nicht verbindlich mache [52]). Man setze also den Fall, daß mein Mandatarius die Sache gegen meine Absicht eigenmächtig verkauft hätte, die ich ihm nur zu verpfänden gegeben, so ist der ganze Kauf ungültig. Ich bin also befugt, die Sache zurückzufordern, und kann nicht mit der Ausflucht des geschlossenen Kaufs abgewiesen werden [53]). Es ist auch diese Vorschrift dem Gesetze der Billigkeit keinesweges entgegen. Denn hat nicht derjenige, welcher mit meinem Mandatarius sich in ein Geschäft einließ, ihm eben so gut getrauet, als ich? und hätte nicht auch der hintergangene Contrahent sich sorgfältiger nach jenes Verhältnissen erkundigen sollen, ehe er sich mit ihm in ein Geschäft einließ [54])? Hat er also eine Sache von meinem Mandatarius gekauft, die diesem nur zur Verpfändung war gegeben worden, so kann es ihm nicht besser ergehen, als dem, welcher unwissend eine fremde Sache an sich gebracht hat. Er muß sie dem Eigenthümer abtreten, und mit der Contractsklage seinen

52) *L. 5. D. mandati. L. 10. Cod. de procurator. §. 8. I. de mandato. L. 1. §. 3. D. de except. rei vend. et tradit.*

53) *L. 12. Cod. mandati.* Schilter in Praxi iur. Rom. Exercit. XLIX. §. 51. Qu. 3. pag. 144. Einen merkwürdigen Fall hiervon findet man in meinen mit Hrn. Hofr. Geiger herausgegebenen Rechtsfällen I. Band. Nr. XIII.

54) Qui cum alio contrahit, sagt Ulpian *L. 19. princ. Dig. de Reg. iur.* vel est vel debet esse non ignarus conditionis eius.

Regreß an dem suchen, von welchem er sie erhalten hat [55]).

Wenn endlich der Dritte, der den Betrug gespielt hat, nicht als Contrahent, oder Bevollmächtigter bey der Abschließung des Contracts zugegen gewesen, so sind zwey Fälle möglich. Entweder er hatte schon zuvor, ohne daß er damals, als der Vertrag zu seiner Vollkommenheit gediehe, zum Vorschein kam, aus unlautern Absichten dazu die Veranlassung gegeben, so daß der Vertrag ohne diesen Betrug nie geschlossen seyn würde, oder der Betrug des Dritten hat nicht die Errichtung sondern nur die Modification des geschlossenen Contracts veranlaßt. Im ersteren Falle kann der Betrug des Dritten, wovon der Mitcontrahent gar nichts weiß, diesem nicht zur Last fallen, sondern der Betrogene muß actione doli gegen den Dritten auf den Ersatz des durch den Betrug desselben ihm verursachten Schadens klagen [56]). Man setze also, mein Schuldner, dem ich nicht länger nachsehen wollte, habe Jemanden durch betrügerisches Zureden verleitet, für ihn Bürgschaft zu übernehmen, so stehet diesem Bürgen zwar die actio doli gegen meinen Schuldner zu, allein gegen mich, der ich von diesem Betruge nichts weiß, kann sich derselbe der Ausflucht des Betrugs nicht bedienen [57]). Nur in subsidium, wenn

55) Gmelin in der angef. Abhandlung. §. 103. S. 167. Müller Observat. pract. ad Leyseri Meditat. ad Pand. Tom. II. Fasc. I. Obs. 374.

56) *L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 2. D. de proxeneticis.* Noodt de forma emend. doli mali cap. 13.

57) Arg. *L. 9. D. Quae in fraud creditor.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 616. pag. 213.

der Betrogene mit der actione doli gegen den Dritten nichts ausrichtet, kann derselbe aus dem Grunde eines unüberwindlichen Irrthums gegen seinen Mitcontrahenten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen[58]). Ein Irrthum, der leicht zu heben gewesen, benimmt der Gültigkeit des Vertrags nichts. Ein solcher ist für den Irrenden stets nachtheilig, weil es von ihm abhing, demselben auszuweichen. Ist hingegen der Dolus des Dritten nur die Ursache von der gegenwärtigen Modification des Contracts gewesen, so kann deshalb nur auf Schadensersatz geklagt werden, welche Klage auch gegen den Mitcontrahenten selbst Statt findet, insofern dieser sich durch den Betrug des andern bereichert hat. Z. B. Titius leihet bey einem Handel über gewisse Waaren wissentlich falsch Gewicht. Ist hierdurch der Verkäufer verletzt worden, daß das Gewicht zu schwer war, so fordert er das, was der Käufer durch diesen Betrug des Titius an Waare zuviel erhalten, mit der condictione indebiti von demselben zurück. Ist hingegen der Käufer dadurch verletzt worden, daß des Titius Gewichte zu leicht waren, so kann dieser auf Nachschuß des Abgangs der Waare gegen den Verkäufer actione emti klagen. Gegen den Titius hingegen findet die actio doli nur dann Statt, wenn die actio ordinaria zur Entschädigung des Betrogenen nicht zureicht, oder gar nicht Statt finden kann, z. B. wenn die Waare unter der ausdrücklichen Bedingung verkauft worden ist, daß sie nach

58) Arg. *L.* 3. §. 3. *D. de eo, per quem fact. quom. quis in iud. fist. Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 6. Emminghaus ad Cocceji ius civ. controv. tit. de dolo malo Qu. 5. Not. m. Gmelin in der angeführten Abhandlung §. 106. S. 171.

den Gewichten des Titius abgewogen und überliefert werden solle, weil dieser betrügerischer Weise versichert hatte, daß seine Gewichte richtig wären[59]).

Zuletzt fragt sichs noch, ob der dolus causam dans einen geschlossenen Handel dergestalt ungültig mache, daß auch die Uebertragung des Eigenthums der Sache hierdurch gehindert werde? Viele Rechtsgelehrten[60]) wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil nach dem römischen Rechte auch ein vermeintlicher Titel zur Uebertragung des Eigenthums hinreichend sey[61]). Der Vertrag sey also nur un-

59) *L.* 18. §. 3. *D. de dolo malo.* De eo, qui sciens commodasset pondera, ut venditor emtori merces appenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est, repeti *condictione* potest: Si minora, ut reliqua merx detur, *ex tempo* agi potest: nisi si *ea conditione* merx venit, *ut illis ponderibus traderetur*, cum ille decipiendi causa adfirmasset, se aequa pondera habere. Man sehe über diese Stelle Noodt de forma emend. doli mali. Cap. 13. in fin.

60) Dieser Meinung sind Bachovius ad *τα πρῶτα* Pandect. Tit. de dolo malo c. 2. Vinnius select. iur. quaestion. Lib. I. cap. 12. pag. 80. Noodt de form. emend. doli mali cap. 15. Schulting in Enarrat. part. prim. Digestor. tit. de dolo malo §. 6. Lauterbach in Colleg. Pandectar. theor. pract. Lib. IV. Tit. 3. §. 6. Struv in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. Th. 30. Gundling in Protis Pandectar. Lib. IV. Tit. 3. §. 10. Pothier in Pandect. Iustinian. T. I. Lib. II. Tit. 14. Sect. II. Art. 1. §. 2. not. b. Braun in der Abhandl. vom Betruge in Verträgen §. penult. Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf 2c. §. 777. u. a.

61) *L.* 3. §. 8. *D. de condict. caus. dat. et tot. Tit. D. de condict. indeb.*

gültig unter den Contrahenten. In Ansehung eines Dritten aber, der in **bona fide** ist, sey diese Ungültigkeit ohne Wirkung. Hat also der Käufer, der seinen Verkäufer hinterlistig zum Verkauf vermocht hat, die Sache schon wieder verkauft, so habe gegen diesen Käufer, welcher in **bona fide** ist, keine Eigenthumsklage Statt, sondern der betrogene Verkäufer müsse sich an seinen Käufer, seiner Entschädigung wegen, halten. Sie berufen sich überdem auf die *L.* **10.** *Cod. de rescind. emt. vendit.* wo es heißt: **Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.** Allein ist ein solcher Handel, der durch den Betrug des andern Contrahenten lediglich verursacht worden ist, nach der einstimmigen Verordnung der Gesetze [62]), an sich ungültig, so kann auch die vermöge eines solchen Vertrags geschehene Uebertragung des Besitzes von keiner rechtlichen Wirkung seyn [63]). Ich begreife daher nicht, wie aus einem solchen nichtigen Contract das Eigenthum der Sache auf den andern übergehen könne, wenn ein dolus bey Erlangung des Besitzes zum Grunde liegt. Hindert gleich der Irrthum auf Seiten des Tradirenden nicht schlechthin die Uebertragung des Eigenthums [64]), so wird doch wenigstens erfordert, daß der

62) *L.* 7. *pr. D. de dolo malo. L.* 3. *D. de pignor. act. L.* 16. §. 1. *D. de Minorib. L.* 3. §. *fin. D. pro socio. L.* 5. *C. de rescind. vendit.*

63) Arg. *L.* 3. §. 10. *D. de Donat. inter vir. et uxor. L.* 1. §. 4. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

64) *L.* 36. *D. de acquir. rer. domin.*

Empfänger in bona fide sey[65]), weil die Erwerbung des Eigenthums eine rechtmäßige Uebergabe voraussetzt[66]). Hiermit kann aber nun freylich nicht bestehen, wenn der Käufer den Verkäufer zur Schließung des Handels hinterlistig verleitet hat[67]). Denn die Gesetze erfordern ausdrücklich zur Uebertragung des Eigenthums, daß der Käufer sowohl zur Zeit des geschlossenen Handels als auch alsdann, wenn die Uebergabe erfolgt, ohne Gefährde gehandelt haben müsse[68]). Hat nun aber der betrügerische Contrahent das Eigenthum der Sache aus den angeführten Gründen nicht an sich gebracht, so konnte er es auch keinem Dritten übertragen. Ich finde demnach nicht das mindeste Bedenken, denen[69]) beyzutreten, welche dem be-

65) Bona enim fides tantundem possidenti praestat, sagt Paulus *L.* 136. *D. de R. I.* quantum veritas. Man sehe auch vorzüglich *L.* 3. *D. pro suo.* Daher findet bey der Bezahlung einer Nichtschuld die condictio furtiva Statt, wenn der Empfänger derselben in mala fide ist. *L.* 18. *D. de condict. furt.*

66) *L.* 31. *pr. D. de acquir. rer. dom.*

67) Mit einem solchen Dolus läßt sich wenigstens nicht zusammenreimen, wenn Justinian §. 40. *I. de rer. divis.* sagt: nihil tam conveniens est *naturali aequitati*, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

68) *L.* 7. §. 16. *et* 17. *D. de public. in rem actione. L.* 10. *pr. D. de usucap. et usurpat. L.* 2. §. 3. *et* 5. *D. de doli mali et met. except.*

69) Man vergleiche Voet in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 3. et Lib. VI. Tit. 1. §. 14. Berger in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. II. §. 18. not. 4. Cocceji in Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. III. Quaest. 4. *Iac. Frid.* Ludovici Diss. de dominio ex contractu doloso non translato. *Halae* 1720.

trogenen Verkäufer die Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer seiner Sache gestatten[70]). Es ist auch dieser Behauptung die von den Gegnern angeführte *L.* 10. *Cod. de rescind. vindit.* keinesweges entgegen. Denn die Worte: **in quem emtor dominium transtulit**, geben deutlich zu erkennen, daß dieses Gesetz von einem solchen Falle rede, wo der Dolus den Contract an sich nicht aufhebt. Man verstehe es nun mit den meisten von einem **dolo incidente**, oder erkläre es mit Böhmer[71]), von einem solchen Falle, da bey dem Kaufcontract zugleich eine Stipulation eingegangen worden, und daher das Geschäft als **stricti iuris** zu behandeln war. Mit dieser letztern Erklärung hängt wenigstens sehr gut zusammen, wenn dem betrogenen Verkäufer gegen seinen betrügerischen Mitcontrahenten die **restitutio in integrum** gestattet wird, wiewohl es auch nichts hindert, wenn die Entschädigungsklage aus dem Kaufcontract als eine Art der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angesehen wird, weil doch der **dolus incidens** den Contract nicht nichtig macht. Ueberhaupt findet hier die bekannte jedoch sehr richtige Bemerkung Statt, daß die Gesetze des Codex, welche, wie diese **L. 10.** kaiserliche Rescrip-

Io. Gottl. Siegel **Diss. de dolo translationem dominii impediente.** *Lipsiae* 1748. Huber **in praelect. ad Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 5.** Walch **Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. II. §. 15.** und besonders Hrn. Prof. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück, (zweyte verbess. Ausgabe, Schwerin u. Wismar 1795. 8.) Nr. 8. S. 82. ff.

70) Arg. *L.* 36. *D. de donat. inter vir. et uxor.* *L.* 16. *Cod. de praed. et aliis reb. minor.*

71) **Introduct. in ius Digestor. Lib. IV. Tit. 3. §. 5. in fin.**

te enthalten, wenn die Worte darin unbestimmt und nicht genau gefaßt sind, nach der Analogie bestimmter Rechtssätze zu erklären, weil es eigentlich die Absicht der römischen Kaiser nicht war, in ihren Rescripten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage gemäß anzuwenden[72]).

§. 297.

II. Vom Irrthum in Verträgen und den rechtlichen Folgen desselben.

Auch Irrthum hindert die freye Einwilligung, und hat daher auf die Gültigkeit der Verträge ebenfalls einen großen Einfluß[73]). Man irret, wenn man sich eine Sache anders vorstellt, als sie wirklich beschaffen ist. Irrthum bestehet also in dem Mangel einer richtigen Kenntniß; in der Vermischung des Wahren mit dem Falschen. Hat man von einer Sache gar keine Wissenschaft, so nennt man die-

72) S. diesen Commentar 1. Th. §. 37. S. 258. f. und meine Rechtsfälle 1. Th. Nr. XIII. §. 9. S. 256. folg.

73) Ueber diese Materie sind folgende Schriften zu bemerken. *Hen.* RENNEMANN Diss. de negotio vel pacto involuntario praecipue coacto et fortuito, vel ignorantia aut errore Iuris factive patrato; (in EIUS *Prolegom. Iurispr. R. G.* nr. XX.) *Io. Henr.* FELTZ Diss. I. et II. de errore in contractibus. *Argent.* 1713. et 1719. Nic. Hieron. Gundling über die schwere Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelahrtheit. (*Gundlingian.* Stück XXXIII. Nr. I. S. 205. ff.) LEYSER de ignorantia et errore (in *Meditat. ad Pandect.* Vol. V. Specim. CCLXXXIX.) *Frid Gottl.* STRUV Diss. de effectu erroris in contractu emti venditi. *Kiel* 1749. *Christ. Frid. Ge.* MEISTERI Comment. de effectu erroris in emtione et venditione. *Goett.* 1751.

sen Mangel Unwissenheit. Weil es jedoch gleichviel ist, ob man von einer Sache gar keine Wissenschaft, oder eine falsche Vorstellung und Meinung hat, so wird in Absicht auf die rechtlichen Folgen des Irrthums zwischen error und ignorantia in unsern Gesetzen weiter kein Unterschied gemacht[74]). Der Irrthum kann nun in Beziehung auf Verträge von mancherley Art und Wirkung seyn. Man irrt entweder in Ansehung des Rechts, oder der Irrthum betrifft blos Thatumstände[75]). Ein Irrthum in Ansehung des Rechts (error iuris) schadet bey Schließung eines Vertrags jedem, der daraus ein Recht erwerben will[76]). Man setze also den Fall, daß bey Schließung eines Vertrags aus rechtlicher Unwissenheit die vorgeschriebene Form nicht gehörig beobachtet worden, oder man hat geglaubt, der Mitcontrahent könne den Vertrag

74) Man vergleiche nur *L.* 1. 7. *et* 8. *D. de iur. et facti ignor. L.* 15. §. 1. *D. de contrah. emt. vendit. L.* 11. *D. pro Emtor. L.* 28. *D. de lib. caus. L.* 57. *D. de obligat. et action. L.* 6. *et* 7. *C. de iur. et. facti ignor.* in welchen Stellen error und ignorantia als gleichviel bedeutend verwechselt werden.

75) Leyser in Meditat. ad Pandect. Specim. CCLXXXIX. medit. 1. will zwar diese Eintheilung als unnütz verwerfen, allein der ganze Tit. Digestor. de iuris et facti ignorantia widerlegt diese Meinung von selbst. Man sehe *Io. Wilh.* Marckart Exercitat. academ. (*Hardervici* 1751. 4.) Exercit. II. Cap. I. §. 6. Müller Observ. pract. ad Leyserum Tom III. Fasc. I. Obs. 505. Reinhard von der ignorantia iuris et facti, in der Samml. vermischter kleiner Schriften St. VI. nr. 3. *Geo. L.* Boehmer Diss. de eod. arg. *Goetting.* 1745. und *Franc.* Alef Diss academ. s. Opuscula Diss. III. (*Heidelberg.* 1753. 4.)

76) *L.* 7. *D. de iur. et. facti ignor.* Iuris ignorantia non prodest. acquirere volentibus. Alef cit. loc. §. 30. pag. 157.

für sich ausschließen, welcher doch ohne die Einwilligung eines Dritten nicht contrahiren konnte, oder man hat über eine des Verkaufs unfähige Sache paciscirt, weil man das gesetzliche Verbot nicht kannte. In allen diesen Fällen ist der Vertrag ungültig, und die rechtliche Unwissenheit gereicht zu keiner Entschuldigung, um aus dem Vertrag ein Recht zu erwerben. Das Geschäft, welches auf einem solchen Irrthum beruhet, bewirkt nicht einmal einen zur Verjährung hinlänglichen Rechtsgrund [77]; was jedoch der Irrende zur Erfüllung des geschlossenen Handels seinem Mitcontrahenten bereits gegeben hat, das kann derselbe zurück-

77) *L.* 31. *pr. D. de Usurpat. et Usucap.* Nunquam in Usucapionibus *iuris error* possessori prodest; et ideo PROCULUS ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia iuris error est. Bekanntlich mußte der Vormund seine Auctorität gleich bey Abschließung des Geschäfts seines Pupillen interponiren. Geschahe es vorher, da der Handel mit dem Pupillen noch in seinem Anfange war, und in den ersten noch unreifen Tractaten bestand, oder erst lange Zeit nachher, nachdem der Handel mit dem Pupillen schon abgeschlossen war, so war alles ungültig, und der Contrahent, welcher glaubte, daß er bey seinem Handel mit dem Pupillen sicher wäre, irrte sich sehr in Ansehung seines Rechts. Er konnte nicht einmal usucapiren. S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 677. S. 524. Ein anderes Beyspiel enthält *L.* 2. §. 15. *D. pro Emtor.* Wenn ich nämlich mit einem Pupillen einen Handel schließe ohne die Einwilligung seines Vormundes, weil ich glaube, daß solche den Rechten nach nicht erforderlich sey. Hier kommt mir keine Verjährung zu Statten, quia iuris error nulli prodest. Add. *L.* 4. *D. de iur. et facti ignor.*

fordern[78]). Wenn hingegen nicht von Erwerbung eines Rechts die Frage ist, sondern derjenige der aus rechtlicher Unwissenheit einen ihm nachtheiligen Vertrag geschlossen, sich mit der Ausflucht des Irrthums in der Absicht zu schützen sucht, um das Seinige zu erhalten, und Schaden zu verhüten, so ist ein Unterschied zu machen, ob man sich aus Unwissenheit eines Rechts begeben, durch dessen Ausübung man sein Vermögen hätte vermehren können, z. E. man hat aus rechtlichem Irrthum auf eine Erbschaft Verzicht gethan; oder ob man sich sonst verbindlich gemacht habe, etwas aus seinem Vermögen dem andern zu leisten. Im ersten Falle bleibt das Geschäft gültig[79]), wenn nicht entweder der Irrende erweisen könnte, daß sein Irrthum unüberwindlich gewesen[80]); oder demselben seiner Minderjährigkeit wegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Statten kommen sollte[81]). Im letztern Falle hingegen hat sich der Irrende entweder aus rechtlicher Unwissenheit zu etwas verbindlich gemacht, wozu durchaus keine rechtliche Verbindlichkeit vorhanden war, oder es ist die Verbindlich-

78) *L. 7. D. de iur. et facti ign.* Iuris ignorantia suum petentibus non nocet.

79) *L. 2. Cod. de iur. et facti ignor.* Cum ignorantia iuris facile excusari non possit, si maior annis hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras. S. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 202.

80) *L. 9. §. 3. D. de I. et F. ignor.* — ut cui facile fuit scire, ei detrimenti sit iuris ignorantia.

81) *L. 11. C. eod.* Quamvis in lucro nec faeminis, ius ignorantibus, subveniri soleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant.

keit an sich, in Ansehung welcher der Irrthum vorgefallen, in den Rechten gegründet. Im ersten Falle ist zwar des Irrthums wegen der Vertrag insofern ohne Wirkung, als das Versprechen noch unerfüllt ist, und es kann sich der Irrende mit einer Einrede decken, wenn auf die Erfüllung des unverbindlichen Versprechens wider ihn geklagt wird[82]). Allein wenn das Versprechen bereits erfüllt ist, so bleibt es in der Regel gültig, und findet keine Zurückforderung des Gegebenen Statt[83]), es wäre denn, daß der Zurückfordernde entweder zu den Personen gehörte, welchen die Gesetze die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, z. B. Frauenzimmer, Minderjährige, Soldaten[84]) ꝛc. oder derselbe erweisen könnte, daß er in Ansehung des begangenen Irrthums außer aller Schuld sey, weil es ihm z. B. an aller Gelegenheit fehlte, einen Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen[85]). Ist endlich die Verbindlichkeit, in Ansehung welcher der Irrthum vorgefallen, an sich in den Rechten gegründet, so kommt der Irrthum in keine weitere Betrach-

82) *L. 8. D. eod.* Caeterum omnibus iuris error *in damnis amittendae rei suae* non nocet. Man vergleiche über diese Stelle Donellus in Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. XXI. p. 32. sq. Beyspiele geben *L. 1. pr. D. ut in possess. legator. L. ult. pr. D. de doli mali et met. except.*

83) *L. 10. C. eod.* Cum quis ius ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. S. Marckart cit. Exercitat. de condictione indebiti per errorem iuris civ. soluti. Cap. II. Walch Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. VI. §. 13.

84) *L. 9. pr. D. L. 13. Cod. eodem.*

85) *L. 9. §. 3. D. eod.* Alef cit. Diss. Cap. III. §. 32. sqq.

tung[86]). Z. B. wenn eine Manns- und eine Weibsperson gemeinschaftlich Bürgschaft leisten, weil ersterer glaubte, daß er nur zu seinem Antheil haften dürfe; so hilft ihm dieser Irrthum nichts. Die ganze Verbindlichkeit fällt hier auf den männlichen Bürgen allein, weil er wissen konnte und sollte, daß weibliche Bürgschaft nicht gilt.

Betrifft der Irrthum blos Thatumstände, so ist zunächst darauf zu sehen, ob der Vertrag von den Partheyen selbst, oder durch einen Bevollmächtigten geschlossen worden. Im letztern Falle kommt alles auf Irrthum oder wahre Kenntniß des Principals, nicht des Anwalds an[87]). Der Irrthum des Anwalds hindert also die Gültigkeit des Contracts nicht, wenn nur sein Principal, für welchen er den Handel geschlossen, von allen Umständen eine richtige Kenntniß gehabt hat[88]). Nur in dem

86) *L.* 48. *pr. D. de fideiussor.*

87) *L.* 13. *D. de contrah. emt. L.* 51. §. 1. *D. de aedilit. edicto. L.* 17. *D. de lib. caus. L.* 2. *D. de litigiosis.* S. *Greg.* Majansii ad triginta ICtorum fragmenta commentar. T. I. p. 421. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 784.

88) *Si enim alieno nomine quis contrahit,* sagt Struv in cit. Diss. de effectu erroris in contractu emti venditi Th. 9. *paciscentis nihil interest, an contractus subsistat, nec ne, unde non eius scientia aut ignorantia, sed domini ac principalis spectatur, cuius interesse tantum in negotio illo civili versatur, atque ideo contra bonam fidem contractus emti venditi foret, sub alterius scientiae vel ignorantiae praetextu, suam scientiam vel ignorantiam velle supprimere, atque inde agere vel excipere.* Add. Franskii Comment. ad Pandect. tit. de contrah. emt. nr. 72. sqq.

Falle, da der Anwald in seinem Namen klagt, kommt es auf seine Wissenschaft oder Irrthum an [89]). Ist hingegen der Vertrag von den Partheyen selbst geschlossen worden, und es ist ein Irrthum bey Abschließung desselben vorgegangen; so ist ein Unterschied zu machen, ob beyde Theile sich geirret, und einander unrecht verstanden haben, oder nur der eine Theil allein. In dem ersteren Falle kommt es wieder darauf an, ob der Irrthum solche Umstände betrifft, die zu dem Wesentlichen des eingegangenen Vertrags gehören, und worauf daher die Intention der Paciscenten hauptsächlich gerichtet war, oder ob er nur Nebendinge angehet. In jenem Falle macht der Irrthum den ganzen Vertrag um deswillen ungültig, weil er die Uebereinstimmung des Willens, welche doch zu einem Vertrage schlechthin nothwendig ist, ausschließet [90]). Dahin gehört,

1) wenn sich die Paciscenten in Ansehung der Sache geirrt haben, worüber der Vertrag geschlossen worden ist. Hier lassen sich verschiedene Fälle denken. Der Irrthum kann a) das Individuum des Objects

K 2

89) *L.* 51. §. 1. *D. de aedilit. edict.* Meier in Colleg. argentorat. T. I. Lib. XVIII. Tit. I. §. 15. pag. 1001. Westphals Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 404.

90) *L.* 57. *D. obligat. et action.* In omnibus negotiis contrahendis, sive bonae fidei sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

betreffen, so daß jeder Contrahent sich bey Schließung des Vertrags einen ganz andern Gegenstand gedacht hat. Hier ist aus Mangel der Einwilligung der Paciscenten der ganze Vertrag ungültig [91]) und der Empfänger erwirbt, des vorgegangenen Irrthums wegen, nach Ulpians Lehre, nicht einmal den bürgerlichen Besitz der ihm übergebenen Sache [92]). Die Paciscenten können b) in Absicht auf die Existenz der Sache irren. Hier ist der Handel wegen Mangel des Gegenstandes nichtig [93]). Ein Gleiches findet c) Statt, wenn sich die Paciscenten in den Eigenschaften des Gegenstandes irren, und die Eigenschaft, welche sie voraussetzen, entweder ausdrücklich zur Bedingung des Vertrags gemacht worden, oder eine solche ist, welche den Rechten nach als stillschweigende Bedingung vorausgesetzet werden kann. Hier kann sich der Irrthum wieder auf mancherley Art äußern; *α*) in Ansehung der gesetzlichen Qualität der Sache. Dahin gehört z. B. wenn

91) *L.* 9. *pr. D. de contrah. emt.* Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti; quia in corpore dissensimus: emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti. Nam cum *in corpore* dissentiatur: apparet, nullam esse emtionem. Add. *L.* 83. §. 1. *et L.* 137. §. 1. *D. de Verbor. obligat.*

92) *L.* 34. *pr. D. de acquir. vel amitt. possess.* Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris. Ego putarem, me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, *non acquiram possessionem:* nisi forsan in nomine tandum erraverimus, in corpore consenserimus. Man sehe jedoch über diese Stelle Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 130.

93) *L.* 57. *pr. D. de contrah. emt.*

die Partheyen nicht gewußt, daß die Sache, worüber sie paciscirt haben, **extra commercium** ist[94]); oder wenn Jemand aus Irrthum seine eigene Sache gekauft hat, welche der Verkäufer für sein Eigenthum gehalten[95]). *β*) In Ansehung der physischen Qualität. Dahin gehört, wenn sich die Paciscenten in der Substanz oder Materie der Sache geirret haben. Z. E. wenn mir Jemand eine tombackene Dose für eine goldene verkauft, und wir beyde die Dose für golden gehalten haben, ich auch

94) *L.* 62. §. 1. *D. de contrah. emt. L.* 22. *L.* 23. *L.* 24. §. 1. *D. eodem.*

95) Nam suae rei emtio non valet. *L.* 16. *pr. D. de contrah. emt. L.* 10. *Cod. eodem.* Wie wenn ich nun eine Sache, die mir schon eigenthümlich zugehörte, aus Irrthum gekauft, und solche von dem Verkäufer sofort an einen andern, der sie zum Geschenk erhalten sollte, hätte geben lassen, konnte dieser des nichtigen Kaufs ungeachtet, dennoch Eigenthümer werden? Diese Frage entscheidet die *L.* 15. §. 2. *D. de contrah. emt.* Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et iussu meo alii tradideris: non putat Pomponius, dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit: sed quasi tuum dominium ad eum transire. Averanius Interpretat. iuris Lib. I. cap. 16. verstehet diese Stelle so, daß das Eigenthum wegen des Irrthums des Contrahenten nicht auf den Donatarius übertragen werde. Allein Westphal in der Lehre des gem. R. vom Kauf ꝛc. §. 81. zeigt, daß die Frage, ob der Donatarius Eigenthümer geworden, keinem Zweifel unterworfen gewesen, weil doch die Uebergabe der Sache an den Donatar auf des Eigenthümers Geheiß und mit desselben Willen geschehen; Pomponius habe also nur eigentlich zeigen wollen, wie man sich den Uebergang des Eigenthums von einem auf den andern vorstellen solle.

sonst den Kauf nicht geschlossen haben würde[96]). Es wird also hier vorausgesetzt, daß die Sache von einer ganz andern Materie seyn müsse, als wofür sie aus Irrthum gehalten

96) *L.* 9. §. 2. *D. de contrah. emt.* Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed *in substantia* error sit: ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile: an emtio et venditio sit? MARCELLUS scribit *libro* 6. *Digestor.* emtionem esse et venditionem; quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *ὀυσία* i. e. substantia est: si modo vinum acuit: caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum suit, ut embamma; aliud pro alio venisse videtur. In caeteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur. Wenn Essig für Wein verkauft worden, so unterscheidet Ulpian zwischen gemachtem Essig, der zu den Speisen gebraucht wird, (Embamma) und solchem, der aus versauertem Weine entstanden. Im ersten Falle hält er den Kauf für ungültig, weil Wein und gemachter Essig von ganz verschiedener Substanz sind, folglich dem Käufer etwas ganz anders verkauft worden, als er gewollt hat. Wenn hingegen Weinessig für Wein verkauft worden, so sey der Kauf gültig, weil hier einerley Substanz vorhanden. Allein diese Entscheidung ist, wie schon *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 14. hierbey angemerkt hat, für unsere Zeiten nicht mehr brauchbar. Denn sie beziehen sich eigentlich darauf daß die Römer den Weinessig, wie den Wein, zu trinken pflegten, *L.* 1. *L.* 9. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. de trit. vin. vel. oleo leg.* welches aber heutiges Tages nicht mehr geschieht. Ist also der Wein schon zur Zeit des geschlossenen Contracts sauer gewesen, und nicht erst nachher durch Zufall sauer geworden, so ist der Handel heut zu Tage für ungültig zu halten. S. REMER in Tract. de vero ex iure Rom. statui Germ. attemperato obligationum valore. Sect. I. cap. III. §. 8.

worden ist; gesetzt auch, daß sie mit der verabredeten Materie überlegt oder überzogen wäre. Denn ist die versicherte Materie vorhanden, und solche nur mit einer andern vermischt, jedoch so, daß jene den größten Theil ausmacht, so ist deshalb der Handel nicht ungültig [97]). Ist ferner der Irrthum in Ansehung der Materie in einem solchen

97) *L.* 14. *D. de contrah. emt.* **Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Utputa, si et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, cum aes esset? Utputa coheredes viriolam** (ein Armband) **quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea, Venditionem esse constat, ideo quia auri aliquid habuit. Nam si inauratam aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio. Si autem aes pro auro veneat, non valet.** Das Wort *inauratum* bedeutet hier nicht so viel als vergoldet, oder mit Gold überlegt, wie es *Des.* Heraldus **Observat. et Emmendation. cap. 23.** (*Thes. Ottonian.* **Tom. II. pag. 1337.**) erklärt, sondern Metall, das mit Gold vermischt ist, wie Bynckershoek **Observat. iur Rom. Lib. VI. cap. 14. pag. 138.** und Averanius **Interpretat. iuris Lib. I. cap 19. nr. 7.** gezeigt haben. Es ist daher kein Widerspruch, wenn *L.* 41. §. 1. *D. eodem* sagt: **Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emtio, pecuniaque eo nomine data condicetur.** Man unterscheide also, ob die Substanz der Sache mit der versicherten Materie durchaus vermischt, oder nur die Oberfläche derselben damit belegt ist. Im ersten Falle ist der Handel doch gültig, und der Käufer kann nur wegen des Abgangs am Werthe eine Vergütung verlangen. Im letztern Falle hingegen, wenn der Käufer die Sache von massivem Gold oder Silber haben wollte, ist der ganze Handel ungültig, und der Käufer kann sein Geld zurück fordern. S. Cujacii **Observat. Lib. II. cap. 4.** und Westphals Lehre des R. R. vom Kauf rc. §. 400.

Vertrage vorgegangen, wo die Sache dem andern umsonst überlassen wird, z. E. bey einer Schenkung, so entstehet noch weniger daraus eine Nichtigkeit, wenn nur außer dem Irrthum kein Betrug zu Schulden kommt[98]).

Ein wesentlicher Irrthum, der den Vertrag ungültig macht, ist es ferner 2) wenn sich die Pasciscenten in der Art des Contractes geirret haben. Z. B. wenn ich dem Titius eine Summe Geld in der Absicht gegeben habe, daß sie ihm geschenkt seyn solle, dieser aber solche aus Irrthum für ein Darlehn angenommen, so ist nach Ulpians Lehre weder eine Schenkung noch ein Darlehn vorhanden[99]).

98) *L.* 22. *D. de Verb. obligat.* *Ios.* Averanius in Interpretat. Iur. Lib. I. cap. 19. nr. 6. Stryck de caut. contract. Sect. I. cap. IV. §. 7.

99) *L.* 18. *pr. D. de reb. credit.* Si ego tibi pecuniam *quasi donaturus* dedero, tu *quasi mutuam* accipias; Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum? et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Wie man sich den Fall vorstellen müsse, welchen Ulpian hier entscheidet, zeigt Schilter in Praxi Iur. Rom. Exercit. XXII. §. 37. Die Ursache, warum hier weder eine Schenkung noch ein Darlehn contrahirt werde, ist leicht einzusehen. Denn eine Schenkung erfordert auf Seiten des Beschenkten eine Acceptation. *L.* 10. *D. de donation.* An dieser fehlt es aber in dem vorgetragenen Falle, weil der Empfänger das Geld aus Irrthum als ein Darlehn angenommen hat. Es findet also hier Statt, was Javolen *L.* 55. *D. de obligat. et action.* lehrt: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive *donatio*, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, *nisi animus utriusque consentit*, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

Oder man setze, ich hätte eine Sache für eine gewisse Summe nur verpfänden wollen, der Gläubiger aber habe sie dafür aus Irrthum als gekauft angenommen; oder ich hätte Jemanden eine gewisse Summe nur in Verwahrung geben wollen, dieser habe sie aber als ein Darlehn angenommen. In allen diesen Fällen ist kein gültiger Contract geschlossen worden [100]); ich kann daher das Gegebene vindiciren, oder mit der **condictione sine causa** zurückfordern. Hätte ich jedoch, wie in dem angeführten ersteren Beyspiele, die Absicht gehabt, dem andern die ihm angegebene Summe zu schenken, dieser aber irrig sich vorstellt, daß ich ihm solche

Eine obligatio ex mutuo entstehet darum nicht, weil ich das Geld dem Empfänger nicht in der Absicht gegeben habe, um ihn aus einem Darlehn verbindlich zu machen. Non satis enim est, sagt Paulus *L.* 3. §. 1. *D. de Obligat. et action.* dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam *hoc animo* DARI *et accipi, ut obligatio constituatur*, und das nämliche lehrt Celsus, wenn er *L.* 32. *D. de reb. credit.* sagt: mutuum, nisi inter consentientes, fieri non posse. In den Basilicis Lib. XXIII. Tom. III. pag. 225. lautet die L. 18. folgendermaßen: *Ἐὰν ἐγὼ μὲν ὡς δωρούμενος δώσω, σὺ δὲ δέξῃ ὡς δανειζόμενος, οὐδέτερον ἔρρωται, καὶ οὐ γίνεται σὰ τὰ νομίσματα*, d. i. nach der Fabrottischen Version: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu vero quasi mutuum accipias, neutrum valet, nec nummi tui fiunt.

100) *L.* 9. *pr. D. de contrah. emt.* Si in ipsa emptione dissentient, emtio imperfecta est. — *L.* 18. §. 1. *D. de reb. credit.* Si ego *quasi deponens* tibi dedero, tu *quasi mutuam* accipias: nec depositum nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuum pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. Sed in utroque casu, consumtis nummis, *condictioni* sine doli exceptione locus erit.

nur darleihen wollte, und daher das Geld als ein Darlehn verbraucht hätte; so kann sich der Empfänger mit der exceptione doli schützen, wenn ich mir seinen Irrthum zu Nutze machen, und denselben auf die Zurückgabe des Empfangenen belangen wollte [1]). Julian [2]) nimmt sogar in

1) *L.* 18. *pr. D. de reb. credit.* wo es am Ende heißt: Quare, si eos (sc. nummos animo donandi datos) consumserit, licet *condictione* teneatur, tamen *doli exceptione* uti poterit, *quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti.* Ob der Empfänger, wenn das Geld bei ihm noch baar vorhanden wäre, sich auch gegen die wider ihn angestellete Reivindication mit der exceptione doli schützen könne? wird in diesem Gesetz nicht entschieden. Cocceji in Iur. civ controv. Lib. XII. Tit. I. Qu. 6. läugnet, daß in diesem Falle dem Empfänger die exceptio doli zu Statten komme, wenn der Geber das Geschenk zurückfordert, weil hier die Billigkeit dieser Einrede wegfalle, und der Empfänger de lucro captanda certire. Allein Voet in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLI. Tit. I. §. 36. bestimmt dieses näher; nur dann, sagt er, kann das Geschenk mit Wirkung zurückgefordert werden, wenn der Empfänger wegen des Irrthums, in welchem er steckte, die Schenkung noch nicht acceptirt hatte. Donatio enim sine subsecuta per donatarium liberalitatis acceptatione inefficax est. Diese Ungültigkeit der Schenkung hindere nach Ulpians Lehre den Uebergang des Eigenthums, quia alia opinione accepit, d. i. weil der Empfänger nicht die Absicht gehabt hat, die Schenkung zu acceptiren. Allein nimmt man Julians Lehre in der *L.* 36. *D. de acquir. rer. domin.* an, daß der Irrthum in Ansehung des besondern Rechtsgrundes die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, wenn beyde Theile in dieselbe überhaupt zusammenstimmen; bedenkt man ferner, daß es mit der Billigkeit nicht übereinstimmt, wenn man um des bloßen Irrthums seines Mitpaciscentens willen, sein eigenes Factum

diesem Falle als unbezweifelt an, daß das Eigenthum, des Irrthums ungeachtet, auf den Empfänger übergehe, weil

nicht anerkennen will, und daß derjenige, welcher die wohlthätige Absicht des Gebenden in dem Empfange eines vermeintlichen Darlehns mit Dank erkennt, solche aller Vermuthung nach als Schenkung noch mit weit lebhafterm Dank verehret haben würde; endlich daß auch in andern Fällen dem Donatarius die **exceptio doli** gestattet wird, wenn dieser aus Irrthum die ihm zugedachte Schenkung nicht in dem Maaße acceptirt hat, als es die Absicht des Schenkenden war, und letzterer daher sich diesen Irrthum zu Nutze machen will, man sehe z. B. *L.* 25. *D. de donation.* so kann man dem *Ios.* FERNANDEZ *de* RETES nicht unrecht geben, wenn derselbe Opuscular. Lib. I. cap. XXIV. n. 16. (*Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 87.) sagt: Ego non dubito, quin *eadem doli exceptio* accipienti competat adversus vindicantem, *licet nummi extent.*

2) *L.* 36. *D. de acquir. rer. dominio.* Si pecuniam numeratam tibi tradam *donandi gratia*, tu eam *quasi creditam* accipias: constat, *proprietatem ad te transire*, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Es ist schwer, diese Stelle mit der vorher angeführten *L.* 18. *princ. D. de reb. credit.* vollkommen zu vereinigen. Die Ausleger haben deshalb mancherlei Versuche gemacht. Man vergleiche nur *Nic. de* PASSERIBUS Conciliat. Leg. pag. 230. *Melch. de* VALENTIA Epistolicar. iuris exercitat. Lib. 5. Exercit. 10. *Ios.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 5. (*Thes. Otton.* Tom. II. pag. 395. seqq.) *Marcus* LYKLAMA Membranar. Lib. V. Eccl. 18. *Lud.* CHARONDAS *Πειθανῶν* seu verisimilium Lib. II. cap. 2. *Thes. Ottonian.* T. I. p. 739. *Ulr.* HUBER Digression Iustinian. Part. II. Lib. II. c. 6. *Iul.* PACIUS *Εναντιοφανῶν* seu Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 67. *Ios.* FERNANDEZ *de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 24. nr. 11. sqq. *Thes. Meermann.* T. VI. p. 86. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I.

doch beyde Theile ein solches Rechtsgeschäft einzugehen gemeinet haben, wodurch ein Eigenthum erworben werden kann, und der Empfänger auch bey dem sich irrig vorgestellten Contract wenigstens die wohlthätige Absicht des andern Theils nicht ganz verkannt hat[3]).

cap. 17. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Tom II. Lib. XLI. Tit. I. §. 36. VINNIUS Quaestion. iur. Lib. II. cap. 35. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. I. Quaest. 6. D'ORVILLE Diss. ad cit. LL. (in *Ger.* OELRICHS Thes. Dissertat. Belgicar. Vol. I. Diss. 27.) *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustrior. quosd. titulos locaq. selecta iur. civ. pag. 93. *Herm. ab* IDSINCA Diss. de mutuo Cap. V. §. 5. (in OELRICHS *Thes. novo Diss. Belgic.* Vol. I. Tom. I. pag. 154.) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Tit. de acquir. rer. dominio Nr. 58. not. g. et h. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 938. Allein andere halten jeden Versuch einer Vereinigung für vergeblich, weil der Widerspruch zwischen Julian und Ulpian zu evident wäre. S. WISSENBACH Diatr. de mutuo Th. 20. sqq. *Em.* MERILLIUS in comment. ad Tit. Dig. de repus credit. ad L. 18. (in *Thes. Otton.* T. III. p. 673.) *Guil.* BARCLAJUS in Commentar. ad Titulos Dig. de rebus credit. et de jurejur. ad L. 18. (*Thes. Otton.* eod. Tom. III. p. 861). *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXV. §. 6. *B.* BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. II. cap. 19. pag. 162. und *Christph. Lud.* CRELL in Observat. de proprietate rei donatae ad eum, qui quasi mutuam accepit, transeunte ad L. 18. D. de reb. cred. et L. 36. D. de A. R. D. *Vitemb.* 1731. rec. *Francof. et Lips.* 1757.

3) Denn ein *mutuum* im eigentlichen Verstande, d. i. ein unverzinsliches Darlehn, wird, so wie jede unentgeldliche Benutzung fremder Sachen, die man dem andern gestattet, als eine Wohlthat und eine Art von Schenkung angesehen. *L. 9. pr. D. de donation.* S. CRELL cit. Diss. §. 11.

Der Vertrag ist 3) ungültig, wenn beyde Theile sich in den Bewegungsgründen geirret haben, so daß der Beweggrund des einen den andern zu dem Contract verleitet hat, der ohne diesen Irrthum nicht geschlossen seyn würde. Man denke sich den Fall, daß beyde Theile in dem Wahne stehen, das Grundstück, welches der eine besitzt, sey mit dem Näherrecht behaftet. Der Besitzer überläßt es also dem Retrahenten, weil er glaubte, daß er dazu verbunden sey. In solchem Falle kann der Käufer, wenn sich hernach der Irrthum aufklärt, den Verkäufer nicht weiter belangen, es kann auch alsdann der Verkäufer das Verkaufte zurückfordern[4]). Weiß mein Mitcontrahent die Bewegursache nicht, warum ich mit ihm paciscirt habe, so hat mein Irrthum in Ansehung derselben auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Handels keinen Einfluß. In diesem Falle heißt es: Propositum in mente retentum nihil operatur. Wenn mich also z. B. eine falsche Nachricht, daß eins von meinen Pferden gefallen sey, verleitet hätte, ein anderes zu kaufen, und ich entdecke hernach meinen Irrthum, so kann ich deswegen von dem einmal abgeschlossenen Handel nicht weiter abgehen[5]). Eben so wenig kann

4) *L. 5. §. 1. D. de act. emti vend.* Westphals Lehre des gem. R. vom Kauf ꝛc. §. 782.

5) Titius in Observat. in compend. Lauterbachian. Obs. 513. Remer in Tract. de vero obligation. valore Sect. I. cap. III. §. 16. Struv in Diss. de effectu erroris in contractu E. V. Th. 27. Zwar meint Pufendorf de iur. Nat. et Gent. Lib. III. cap. VI. §. 6. man müsse darauf sehen, ob noch res integra, oder der Handel von beyden Seiten schon vollzogen sey; allein daß es auf diesen Unterschied gar nicht ankomme, hat Gund-

man ein Geschenk zurückfordern, welches man dem Empfänger aus der Ursache gemacht hat, weil man geglaubt, er habe sich um uns verdient gemacht, wenn sich auch hernach findet, daß man sich geirret habe[6]).

4) Wenn sich die Paciscenten in der Person geirrt haben, so läßt sich ein doppelter Fall denken. Der Irrthum kann nämlich a) das Individuum der Person betreffen, mit welcher man den Vertrag geschlossen hat. Ich glaubte z. B. mit dem A. zu pacisciren, und aus Irrthum habe ich mit dem B. paciscirt. Hier ist der Irrthum wesentlich, und macht den Vertrag hinfällig, wenn es mir nach der Natur des Vertrags, oder aus andern erheblichen Gründen durchaus nicht gleichgültig seyn kann, ob ich denselben mit der Person, welche ich mir vorstellte, oder mit einer andern geschlossen habe. Dieß ist der Fall bey Eheverträgen, Bevollmächtigungen und denjenigen Contracten, wo es vorzüglich auf die Person ankommt[7]). Ist bey andern Contracten, wo es mehr auf die Sache, worüber pacisciret wird, als auf die Personen ankommt, die den Contract geschlossen haben, z. B. bey einem Kaufcontract, ein Irrthum in Ansehung der Person vorgegangen, so entstehet daraus nicht leicht eine Nichtigkeit[8]), wenn

LING in der oben angeführten Abhandlung §. 12. u. folg. sehr gründlich gezeigt.

6) *L.* 65. §. 2. *D. de condict. indeb.* Pacius *Εναντιοφανῶν* Centur. I. Qu. 59. p. 49.

7) *Can. un. Caus. XXIX. Qu.* 1. Error personae coniugii consensum non admittit.

8) *Nam in contractibus onerosis*, sagt Remer in tract. de vero obligationum valore Sect. I. cap. III. §. 9. *persona, cum qua*

nicht der Irrende ein besonderes Interesse darthun könnte, warum er den Contract mit der Person, mit welcher er denselben aus Irrthum geschlossen hat, nicht halten kann[9]). Der Irrthum kann b) auch die Qualität der Person betreffen. Dieser entkräftet den Vertrag, 1) wenn der Mangel der Qualität überhaupt auf die Fähigkeit zu paciscieren Einfluß hat. Z. B. ich kaufe eine Sache von einem Blödsinnigen, den ich für einen vernünftigen Menschen hielt[10]). 2) Wenn der Mangel der erforderlichen Eigenschaft auf den wesentlichen Zweck oder die rechtlichen Wirkungen des geschlossenen Vertrags Einfluß hat. So macht z. B. Irrthum in Ansehung des Zeugungsvermögens oder des freyen oder ehelichen Standes des Mitpaciscenten einen Ehevertrag nichtig[11]). 3) Wenn die vorausgesetzte persönliche Eigenschaft des Mitpaciscenten eine solche ist, welche der Irrende als

contrahimus, *non pertinet absque speciali expressione ad destinationem*, *quia perinde est*, *a quanam in dubio rei locatae usum vel rem emtam consequimur*. Add. TITIUS in Observat. in compend. Lauterbachian. Obs. 513.

9) STRUV in Diss. de effectu erroris in contractu E. V. Th. 15. sqq. handelt hiervon ausführlich.

10) *L.* 2. §. 16. *D. pro Emtore.* Si a furioso, quem putem fanae mentis, emero: constitit, usucapere utilitatis causa me posse: *quamvis nulla esset emtio*; et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec pupliciana competit, nec accessio possessionis. Man sehe über diese Stelle Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 679. und BRANCHU Observation. I. R. decad. II. cap. 19. pag. 159.

11) *Can. un. Caus. XXIX. Qu.* 1. Schotts Einleitung in das Eherecht. §. 89.

gewöhnlich vermuthen konnte, weil er sonst den Vertrag mit demselben nicht geschlossen haben würde. Daher vereitelt z. B. Irrthum in Ansehung der Jungferschaft der Braut das abgeschlossene Eheverlöbniß [12]).

Haben sich hingegen die Paciscenten blos in zufälligen Dingen und Nebenumständen geirret, so schadet ein solcher Irrthum der Gültigkeit des Vertrags nichts, sondern es kann der Irrende nur allenfalls einen Ersatz des ohne eigene Schuld hierdurch erweißlich erlittenen Schadens fordern. Ein solcher blos zufälliger Irrthum (**error concomitans**) ist vorhanden,

a) wenn sich die Paciscenten blos im Namen geirrt haben [13]). Es muß nur der Irrthum das **nomen proprium**, nicht das **nomen appellativum** betreffen, weil sonst ein **error in corpore** daraus entstehet, der den Vertrag ungültig macht [14]).

b) Wenn sich die Contrahenten blos in Ansehung einer accessorischen Sache geirrt haben, welche neben der Hauptsache obendrein gegeben werden soll. Hier ist ein doppelter Fall möglich. Einmal, der Mitpaciscent verlangt neben der Hauptsache noch eine Zugabe, weil er geglaubt, sie sey unter dem Gegenstand des Handels begriffen,

12) GUNDLING Diss. qua doctr. vulgar. maiorem a feminis quam a viris requirens castitatem sub examen revocatur. §. 23. sqq. REMER cit. loc. §. 9. in fin. Schott a. a. O.

13) *L.* 9. §. 1. *D. de contrah. emt.* — Nihil enim facit error nominis, cum de corpore constet. Add. *L.* 32. *D. de Verbor. Obligat.*

14) Vergl. *de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 24. nr. 3. und *Jos.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 18. nr. 1 — 5.

welches aber der andere nicht gemeint hat. Hier schade der Irrthum demjenigen, welcher sich deutlicher hätte erklären sollen. Einen dahin gehörigen Fall hat Leyser[15]). Zum andern können sich die Paciscenten in dem Individuum der accessorischen Sache geirrt haben, weil mehrere Sachen des Namens vorhanden sind, dergleichen eine als Zugabe ausdrücklich ausbedungen worden ist. Ein Beyspiel hiervon gibt die *L. 34. pr. D. de contrah. emt.* und lehrt zugleich, wie in solchem Falle verfahren werde. **Si in emtione fundi dictum sit, accedere Stichum servum: neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emtor, de alio venditor senserit; nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed LABEO ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.** Der Irrthum in corpore konnte hier keine Nichtigkeit verursachen, weil er nicht bey der Hauptsache, sondern blos bey der Nebensache vorkam. War also der Handel an sich gültig, so kam es nur darauf an, wessen Absicht, bey dieser Uneinigkeit der Partheyen, zum Grunde zu legen? Labeo entscheidet für den Verkäufer; nicht darum, weil, wie Merillius[16]) annimmt, der Käufer die Bedingung von der Mitgabe des Stichus gemacht hatte, denn Averanius[17]) hat das Gegentheil erwiesen; sondern weil der Verkäufer hier der Schuldner war, dem die Wahl zustehet, wenn unter mehreren Sachen gleiches Namens oder von gleicher

15) Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXIX. med. 7. et 8.

16) Variantium ex *Cujacio* Lib III. cap. 11. Eben der Meinung sind auch *de* RETES Opuscul. Lib. I. cap. 24. nr. 21. und *Ant.* SCHULTING Thes controvers. Decad LXIII. §. 4.

17) Interpretation. iuris Lib. II. cap. 2. n. 15. sqq.

Art eine überhaupt den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht[18]), wie van de Water[19]) und Averanius[20]) ganz richtig behaupten. Merkwürdig ist es indessen, wenn das Gesetz sagt: eum Stichum deberi, *quem venditor intellexerit*. Der Verkäufer hat also nicht die Wahl, welchen Stichus er jetzt geben will, da von dessen Ablieferung die Frage ist. Nein, es kommt darauf an, welchen Knecht er zur Zeit des abgeschlossenen Contracts für den Käufer bestimmt hatte, welches in Ermangelung eines andern Beweises allenfalls durch Eidesdelation ausgemacht werden kann[21]).

c) Wenn ein Irrthum nur in Ansehung der Zahl, des Maaßes oder Gewichts vorgegangen[22]).

18) *L*. 106. *D. de Verb. Obligat. L*. 25. *L*. 60. *D. de contrah. emt. L*. 54. §. 1. *D. de action. emti vend.*

19) Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 14. pag. 189.

20) cit. loc. n. 28. seqq.

21) Ueber die *L*. 34. *pr. D. de contrah. emt.* haben außer den angeführten Schriftstellern mehrere commentirt, als Cujacius Lib. I. Observat. cap. 10. L. IX. cap. 37. et Lib. XXIII. cap. 31. Hotomannus Lib. XIII. Observat. cap. 10. *Radulph* Fornerius Lib. III. rer. quotidian. cap. 28. *Guil.* Fornerius Lib. II. Selectio. cap. 18. Charondas Lib. III. Verisimil. cap. 11. *Ant.* Faber Rational. ad Pandect. h. L. Constantinaeus Lib. II. subtil. enodation. cap. 16. Pothier in Pandect. Iustin. Tit. I. Tit. de contrah. Emt. Nr. XXXVII. Not. k. deren Meinungen *Ev.* Otto in Praefat. ad Tom. II. Thes. Iur. Rom. pag. 27. und Westphal in der Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 34. geprüft haben.

22) S. Struv Diss. cit. de effectu error. in contractu E. V. Th. 66. et 67.

d) Wenn sich die Paciscenten in der Art und Güte der Materie geirrt haben. Z. E. das Gold oder Silber ist von schlechterem Gehalt, als die Partheyen geglaubt[23]); oder das Holz ist nicht von der Art, als die Paciscenten sich vorgestellet hatten[24]). Ein solcher Irrthum soll nach den Gesetzen den Handel nicht vereiteln, sondern deshalb nur das Interesse prästirt werden. Jedoch dürfte diese Regel wohl billig in dem Falle eine Ausnahme leiden, wenn der Irrende ein besonderes Interesse darthun könnte, warum die Materie der Sache gerade von der Qualität und Güte seyn müsse, als er sich vorgestellet, und behandelt hat, weil ihm außerdem dieselbe zu dem Zweck unbrauchbar seyn würde, wozu er sie bestimmt hat[25]).

§. 299.

Fortsetzung der Lehre von den Wirkungen des Irrthums bey Verträgen, und zwar, wenn nur einer von beyden Theilen geirrt hat.

Wenn bey Schließung eines Vertrags nur der eine Theil allein irrt, so kommt in Absicht auf die Wirkung des Irrthums nicht wenig darauf an, ob derselbe mit einem Betrug des andern Theils verbunden ist, oder nicht. Im erstern Falle, wenn mein Mitcontrahent meinen Irrthum

23) *L.* 10. *D. de contrah. Emt.* Si aurum quidem fuerit; deterius autem, quam emtor existimaret, tunc emtio valet.

24) *L.* 21. §. 2. *D. de act. E. V.* Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse; tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum. Et *si venditor quoque nesciet*; veluti, si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.

25) Struv cit. Diss. Th. 47.

entweder vorsätzlich veranlaßt hat, oder mich in meinem Irrthum, den er wohl gemerkt, durch betrügliches Stillschweigen, stecken lassen, so treten die oben vorgetragenen Grundsätze vom Dolus ein, und der Vertrag ist entweder ganz nichtig, wenn der dolus causam dans ist, oder ich bin nur befugt, auf Schadensersatz zu klagen, wenn der dolus meines Mitcontrahenten nur incidens ist [26]). Weiß hingegen mein Mitcontrahent von meinem Irrthum nichts, so ist vorzüglich darauf zu sehen, ob derselbe leicht zu vermeiden gewesen, wenn ich es nicht an der gehörigen Erkundigung hätte ermangeln lassen, oder wenn ich nur einige Aufmerksamkeit hätte brauchen wollen (error vincibilis), oder ob der Irrthum, der nöthigen Vorsicht ungeachtet, nicht vermieden werden können (error invincibilis). In jenem Falle verdient der Irrthum keine rechtliche Nachsicht, und der Irrende hat hier den Schaden, den er leidet, seiner Sorglosigkeit zuzuschreiben [27]). Um jedoch zu beurtheilen, ob der Irrthum verzeihlich oder nicht zu entschuldigen sey, kommt es auf den Grad des Fleißes an, den der Irrende nach der Natur des eingegangenen Contracts anzuwenden schuldig war [28]). Da nun die Gesetze in der Re=

26) *L.* 11. §. 5. *D. de act. emti vend.*

27) Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire, sagt *L.* 203. *D. de R. I.*

28) *Christph. Lud.* CRELL in Diss. de ignorantia facti proprii interdum innocua, ad L. 22. D. de condict. indeb. *Vitemb.* 1741. §. 3. pag. 11. sagt: *Ausim affirmare, naturam negotii inprimis aestimandam esse, in quo quis errore et ignorantia se deceptum esse conqueratur, ut, si error in contractu obvenerit, in quo diligentia maxima desideretur, hic demum* ERROR PROBABILIS *et* TOLERANDUS *dici possit, qui surrepserit invito, et curiosissime investiganti,*

gel nur gewöhnlichen Fleiß erfordern, so ist in dieser Hinsicht jeder Irrthum zu entschuldigen, mit welchem nur kein hoher Grad von Nachläßigkeit verknüpft ist[29]). War der Irrthum unvermeidlich, so ist er entweder in wesentlichen Stücken des Vertrags oder blos in Nebensachen vorgefallen, wodurch man nicht gerade zur Eingehung des Vertrags bewogen worden ist. Ist ein Paciscent in Ansehung der Hauptsache oder anderer wesentlicher Umstände

ut ne culpa quidem levissima errantis accusari posse videatur. Contra, in quibus negotiis diligentiam ordinarium, ut in plerisque, exigimus, quae cum boni patrisfamilias officio coniuncta sit, in his investigationem quidem, sed non scrupulosam et nimis solicitam desideremus, ut ignorantiae excusatio locum invenire possit. — Igitur apparet, ex gradu negligentiae constitui, utrum ignorantia errantis ferenda esse videatur. Sed gradum diligentiae cum in aliis negotiis alium omnino exigamus, non potest esse obscurum pro natura negotii alium atque alium errorem excusatione dignum et probabilem haberi.

29) *L.* 15. §. 1. *D. de contr. emt.* Ignorantia emtori prodest, quae non in supinum hominem cadit. — *L.* 6. *D. de iur. et facti ignor.* Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis: ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. — *L.* 9. §. 2. *D. eodem.* Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam: verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 204. Nettelbladt System elem. iurisprud. posit. Germanor. comm. general. §. 211.

des Vertrags in einem solchen Irrthum gewesen, daß er den Vertrag zuverläßig nicht geschlossen haben würde, Falls er die wahre Beschaffenheit der Sache gewußt hätte, so kann wegen Mangels der Einwilligung das Versprechen des Irrenden nicht gelten. Im letztern Falle hingegen bleibt das Geschäft in seiner Gültigkeit, nur muß der hieraus entstandene Schaden dem Irrenden vergütet werden. Ich schließe diese Lehre mit folgenden zwei allgemeinen Bemerkungen.

Erstens: dem Paciscenten, welcher eines vorgefallenen wesentlichen Irrthums wegen auf die Zernichtung des ganzen Handels klagen könnte, stehet es frey den Vertrag, wenn er will, für gültig anzunehmen, und mit der daraus entspringenden Klage sein Interesse zu fordern. Der Mitcontrahent hingegen, welcher nicht verletzt ist, wenn er sich gleich in eben dem Irrthume befinden sollte, kann aus diesem Grunde keineswegs vom Contract abgehen, sondern ist zur Ersetzung des Schadens verbunden [30]).

Zweitens: da Irrthum im Zweifel nicht vermuthet wird, so liegt der Beweis derjenigen Parthey ob, welche denselben für sich anführt [31]). Es kann auch deshalb auf den Eid erkannt werden [32]).

30) *L. 45. D. de contrah. emt.* Struv Diss. de effectu erroris in contr. E. V. Th. 55.

31) *L. 4. Cod. de iuris et fact. ignor.* Struv cit. Diss. Th. 10. Hofacker cit. loc. §. 205.

32) Mascardus de probation. Concl. 882. Carpzov Iurispr. for. P. I. Const. XXII. Defin. 6. Berger Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 5. Not. 19.

§. 300. u. 301.

III. Von der Furcht, und ihrem Einfluß auf die Gültigkeit der Verträge.

Zu den Hindernissen der freyen Einwilligung gehört ferner Furcht und Zwang. Unter Furcht verstehet man die Verabscheuung eines bevorstehenden gegenwärtigen, oder künftigen Uebels. Ulpian[33]) sagt: *Metus* **est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio.** Diese Furcht ist nun entweder von einem andern durch wirkliche Androhung eines Uebels erregt worden, was den Bedroheten treffen soll, wenn er sich nicht nach dem Willen des Drohenden fügt, oder sie bestehet in einer bloßen Einbildung, ohne daß dem sich Fürchtenden von Jemanden ein Uebel gedrohet worden ist. In jenem Falle wird die Furcht in den Gesetzen[34]) *metus praesens*, *metus illatus*, in diesem aber *metus non illatus*, oder *suspicio inferendi eius* genannt. Ist nun der **metus illatus**, so heißt die wirkliche Androhung eines Uebels, wodurch man Jemanden nöthiget etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde, Zwang (*vis compulsiva*). Diese Furcht

33) *L.* 1. *D. quod metus causa gest. erit.*

34) *L.* 9. *pr. D. eodem.* Metus praesens erfordert jedoch nicht nothwendig, daß auch die gedrohete Gefahr gegenwärtig, und das Uebel auf der Stelle ausführbar sey, wie LAUTERBACH in Colleg. Pandect. lib. IV. Tit. II. §. 11. dafür hält. Nein, ein metus praesens entstehet überhaupt aus der Androhung eines Uebels, wenn die zu besorgende Gefahr auch noch entfernt ist, wie LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LVIII. medit. 1. ganz richtig bemerkt hat. Man vergleiche auch DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XV. Cap. 39. pag. 818. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 207.

wird nun ferner entweder von einem solchen erregt, welcher befugt ist, Zwangsmittel zu gebrauchen, wenn der Bedrohete sich seinem Willen widersetzt, oder der, welcher mich in Furcht setzt, ist nicht dazu befugt gewesen. Jene wird eine rechtmäßige Furcht, *metus iustus*[35]), diese hingegen eine unrechtmäßige Furcht (*metus iniustus*) genannt. Eine unrechtmäßige Furcht kann entweder auf Seiten dessen, der in Furcht gesetzt wird, eitel (*metus vanus*) oder sie kann gegründet seyn (*metus non vanus*, *s. iustus*), je nachdem entweder die Ausführbarkeit des gedrohten Uebels nach der besondern Beschaffenheit desselben oder nach dem besondern Zustande des Drohenden ganz unwahrscheinlich oder wohl gar schlechterdings unmöglich ist, oder nicht. Die Gesetze nennen eine gegründete Furcht **metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadit**[36]). Ob nun aber die Furcht von dieser Art sey, ist theils aus der Größe des gedrohten Uebels und dessen Ausführbarkeit, theils aus der Beschaffenheit des Bedroheten, seinem Alter, Temperamente, Geschlecht und körperlichen Zustande, theils aus der Beschaffenheit dessen, welcher die Furcht erweckte, zu beurtheilen[37]). Gewöhnlich muß die Drohung eine Gefahr für Leben, Gesundheit, Freyheit oder Ehre befürchten lassen, wenn daraus eine compulsive Gewalt entstehen soll, die

35) *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Sed vim accipimus atrocem, et eam, quae adversus bonos mores fiat: non eam, quam Magistratus recte intulit, scilicet iure licito, et iure honoris, quem sustinet.

36) *L.* 6. *D. eodem.*

37) Voet in Comm. ad Pand. Lib. IV. T. II. §. 11. Huber in Praelection. ad Pand. eod. lib. et tit. §. 2.

meine Willensäußerung bestimmte [38]). Man setze also, daß Jemand Urkunden in Händen hätte, auf denen der Beweis meiner Familien-Rechte, oder meiner freyen Geburt beruhet, und selbige zu vernichten drohete, Falls ich ihm eine verlangte Summe nicht geben will, dessen Drohung fürchte ich mit Grund [39]). Eben so rechnen die Gesetze einem Mädchen, die etwas gegeben oder versprochen hat, um sich von angedrohter oder versuchter Schändung zu befreyen, die Furcht als rechtmäßig an; denn ihre Ehre war in Gefahr [40]). Bey anderen Drohungen, welche keine unmittelbare Gefahr für Leben, Gesundheit, Freiheit oder Ehre besorgen lassen, muß, nach der Beschaffenheit des angedroheten Uebels an sich, und nach dem Verhältniß desselben zu dem Gegenstande der darauf erfolgten Willenserklärung, von dem Richter vernünftig beurtheilt werden, ob dadurch die Einwilligung wirklich erzwungen worden sey? Auch ist bey Bestimmung des Einflusses der Drohung in den Willen des Bedroheten, zugleich darauf Rücksicht zu nehmen,

38) *L.* 5. *D. quod met. caus.* sagt daher: *Metum* accipiendum, non quemlibet timorem, sed *maioris malitatis.* Einige Ausgaben lesen *mali* statt malitatis, wie z. B. Petrus *ab* Area Baudoza Cestius. Allein die Seltenheit des Worts *Malitas* gibt keinen Grund zur Emendation, zumal da auch in den Basilicis nicht κακαοῦ, sondern μεγάλης κακοθελείας gelesen wird, wie schon Hilliger ad *Donellum* Lib. XV. cap. 38. pag. 1381. bemerkt hat. Uebrigens ist folgender Vers bekannt:

Excusat carcer, status, mors, verbera, stuprum.

S. *L.* 3. *in fin.* *L.* 4. *L.* 8. *D. et L.* 4. *et* 7. *Cod. de his, quae vi metusve caus. gesta.*

39) *L.* 8. §. 1. *D. eodem.*

40) *L.* 8. §. 2. *D. eodem.*

wie der Bedrohete, in seiner Lage und nach der Beschaffenheit seines Zustandes, die Sache angesehen[41]). Denn hatte derselbe wahrscheinliche Gründe, das ihm gedrohte Uebel für ausführbar zu halten, so verdient er allerdings Entschuldigung, wenn auch gleich der Drohende nicht im Stande war, seine Drohung in Wirklichkeit zu bringen. Ehe ich die Folgen eines durch Furcht erzwungenen Vertrags bestimmen kann, so muß ich zuvor noch einer Eintheilung der Furcht gedenken, welche bei Beurtheilung der Gültigkeit oder Ungültigkeit erzwungener Verträge eine vorzügliche Rücksicht verdient. Es kann nämlich die Furcht in Beziehung auf Verträge eben so, wie der Dolus, entweder ***metus causam dans*** oder ***incidens*** seyn, je nachdem entweder die Schließung des ganzen Vertrags, oder blos die gegenwärtige Modification desselben durch die erregte Furcht veranlaßt worden ist[42]). Dieß vorausge-

41) *L.* 3. *D. Ex quib. caus. maior* sagt: Quis sit iustus metus *ex affectu metuentis* intelligi debet, *cuius rei disquisitio iudicis est.* Man sehe LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LVIII. med. 3.

42) Daß diese Eintheilung gegründet sey, hat Cujaz in Commentar. ad L. 36. D. de Verb. Obligat. gezeigt. Schon CICERO de Officiis Lib. I. cap. 10. redet von Verträgen, die durch Furcht oder Betrug veranlaßt worden sind, auf eine solche Art, als ob bey beyden eben dasselbe Rechtens gewesen wäre; und in der *L.* 14. §. 13. *D. Quod met. causa* sagt Ulpian ausdrücklich: Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri. Man setze also, daß der Verkäufer, welcher sein Grundstück zum Verkauf angeboten, von dem Käufer wäre gezwungen worden, dasselbe um einen zu geringen Preis zu verkaufen, so ist hier der metus nur incidens. *L.* 5. *C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt.*

setzt, so entstehet nun die Frage, was Furcht und Zwang für Einfluß auf die Gültigkeit eines eingegangenen Vertrags haben [43]). Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden. Der Paciscent ist entweder von Jemanden in Furcht gesetzt worden, oder nicht, sondern seine eigene Einbildung hat die Furcht erregt. Im letztern Falle ist der Vertrag gültig, und die vorgegebene Furcht, wodurch der Vertrag soll veranlaßt worden seyn, verdient keine Rücksicht [44]). Dahin gehört auch, wenn die

43) Man findet diese Frage in folgenden Schriften erörtert: *Io. Frid.* RHETII Diss. de metu eiusq. operationibus in iure. (in *Dissertat.* EJUS Vol. II. Nr. 9.) *Nic. Hier.* GUNDLINGII liber sing. de efficientia metus tum in promissionibus liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum, auxiliisque contra metum. *Halae* 1711. 4. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de exceptione metus in iniusti in statu naturali et civili. *Halae* 1720. *Io. Christph.* RUDOLPH Dissert. de effectu metus in pactis et contractibus. *Erlangae* 1760. Christ. Heinr. Breunings Abhandl. vom Unterschiede des röm. und teutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmäßige Furcht veranlaßt worden, in Siebenkees juristischen Magazin 2. Band. S. 156. ff. und *Ge. Frid.* WALCH Diss. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex iure Romano partim ipso iure nullis partim a Praetore rescindendis. *Ienae* 1790.

44) *L.* 21. *pr. D. Quod met. causa.* Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cum de statu suo periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat Edictum, *quia hunc sibi metum ipsa infert.* Verschiedene Rechtsgelehrten erklären zwar diese Stelle de metu iuste illato, als ZASIUS in Paratitl. ad Tit. D. quod met. caus. *Opp.* Tom. I. p. 41. DUARENUS in Commentar. ad eund. Tit. D. *Opp.* T. I. p. 77. und

Furcht aus bloßem Gefühl der Ehrerbietung gegen eine gewisse Person entspringt, ohne daß solche durch Drohungen, oder Gewalt erregt worden ist, (metus reverentialis)[45]). Im ersteren Falle ist die Furcht entweder von dem Promissar selbst, oder von einem Dritten erregt worden. Ist ersteres, so kommt es wieder darauf an, ob die Dro-

Gundling cit. libr. sing. Cap. III. §. 22. Allein die letztern Worte beweisen das Gegentheil. Man sehe Rudolph in der angeführten Dissertation Sect. I. §. 7. in Nota, und Sect. III. §. 33. So viel ist indessen nicht zu läugnen, daß, wenn der Patron seine Freigelassene bedrohet hätte, sie wegen der gegen ihn bewiesenen Undankbarkeit wieder in die Sklaverey zurückzuziehen, diese Drohung gerecht gewesen wäre, und ein in dieser Rücksicht angenommenes Geschenk nicht würde haben zurückgefordert werden können, wie Donellus in Commentar. iur. civ. Lib. XV. cap. 39. pag. 818. n. 60. richtig bemerkt hat. Hieher gehört auch *L.* 10. *Cod. de his, quae vi metusve caus. gesta sunt*, wo es heißt: Accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis, improbum est desiderium. Daß dieses Gesetz von einem solchen Falle zu verstehen sey, wo der Promittens sich vor einer ihm bevorstehenden oder wider ihn schon angestellten Anklage gefürchtet, und, um dieselbe abzuwenden, zu einem Versprechen oder zu einer Veräußerung, ohne alle geschehene Drohung, freywillig war veranlaßt worden, hat Donellus a. a. O. gezeigt. Wenn nun aber gleich metus non illatus, quem nullae minae praecesserunt, der Regel nach keine Rücksicht verdient, so macht doch Leyser in Meditat. ad Pand. Specim. LVIII. med. 3. die Ausnahme, si de periculo imminente aliunde certo constitit.

45) *L.* 6. *Cod. de his, quae vi metusve caus.* S. *Sam. Frid.* Willenberg Diss. de metu reverentiali. *Gedani* 1707. Hymmens Beiträge zu der jurist. Literatur in den preuß. Staaten. VII. Samml. S. 84. nr. 21.

hung desselben, wodurch die Furcht auf Seiten des Promittenten verursacht wurde, rechtmäßig war, oder nicht. Im ersten Falle kann der Vertrag der Furcht wegen nicht angefochten werden[46]). Von dieser Art ist z. B. die Drohung, sich seines Rechts gesetzmäßig bedienen zu wollen, wofern der andere sich nicht zu einer gewissen Prästation in Güte verstehen würde. Das Versprechen, wozu Jemand durch diese Aeußerung bewogen worden, ist keinesweges für ein solches zu achten, was auf eine unrechtmäßige Art erzwungen worden, und daher ungültig wäre[47]). Ist hingegen die Furcht auf eine unrechtmäßige Art erregt worden, so ist wieder zu unterscheiden, ob der Promissar seinen Mitpaciscenten auf eine hinterlistige und betrügerische Art, unter dem Schein des Rechts, in Furcht gesetzt, und dadurch denselben zu seinen Absichten zu bestimmen gewußt hat, oder ob derselbe bey seinen Drohungen geradezu, und ohne eine solche List, zu Werke gegangen ist. Im ersteren Falle ist nicht nur das ganze Versprechen, welches sich auf eine solche Concussion[48]) gründet, ungültig, sondern es ist

46) Rudolph cit. Diss. Sect. II. §. 16. und Sect. III. §. 34.

47) Iuris enim executio non habet iniuriam, sagt *L.* 13. §. 1. *D. de iniur.* S. Donellus c. l. n. 30. Beyspiele haben Leyser cit. Specim. medit. 5. und Stryck in Usu mod. Pandect. Lib. IV. Tit. II. §. 11.

48) Concussion ist eine unerlaubte Erpressung durch erregte Furcht in dem andern, welche ohne angewandte Gewaltthätigkeit unter dem Scheine des Rechts verübt wird. Z. E. Man beschuldiget Jemanden, daß er ein Verbrechen begangen, und drohet ihn mit der Anklage, wofern er uns nicht etwas Bestimmtes, welches man von ihm verlangt, geben wird, oder man verleitet Jemanden unter der Bedrohung eines langwie-

auch der Paciscent, der sich ihrer bedient hat, zur Wiederherausgabe desjenigen, was er auf eine solche unrechtmäßige Art von dem Promittenten erpreßt hat, nebst Ersetzung alles verursachten Schadens, gehalten [49]), wenn auch gleich die verübte Drohung nicht zureichend gewesen wäre, eine gegründete Furcht zu erwecken [50]). Ist hingegen die Furcht ohne Concussion erregt worden, so kommt es darauf an, ob der in Furcht gesetzte Contrahent einen hinlänglichen Grund gehabt hat, sich vor der ihm gedroheten Gefahr zu fürchten, und solche auch nicht anders, als durch Eingehung des abgenöthigten Vertrags, abzuwenden im Stande gewesen; oder ob die gegen denselben gebrauchte Drohung keinen hinlänglichen Grund zur Furcht gab. Im letztern Falle kann der Vertrag, zu welchem Jemand durch eitle Furcht bewogen worden ist, keinesweges für erzwungen geachtet, noch deshalb entkräftet werden [51]), vielmehr hat

rigen und beschwerlichen Prozesses zu einem nachtheiligen Vergleiche. Voet in Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XLVII. T. 13. §. 1. sagt daher ganz recht: *Quamvis omnis concussio metum contineat, non tamen vicissim metus omnis concussionem habet, adeoque metus a concussione, ut genus a specie, distinguitur.*

49) *L.* 11. *et* 12. *Cod. de his, quae vi metusve causa. L.* 1. *D. de Concussione. L.* 3. *C. de condict. ob turpem causam.* Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 195. S. 286. Westphals Criminalrecht 102. Anmerk. §. 7. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen 2. Band S. 452. Voet a. a. O. §. 2.

50) Berger in Oeconom. iur. Lib. III. Tit. X. Th. 5. Not. 2. und Steltzers Lehrbuch des teutschen Criminalrechts. §. 651.

51) *L.* 7. *pr. D. quod met. caus.* Si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc Edictum non restituitur: quo-

der sich Fürchtende, wenn er dadurch Schaden leidet, solchen seiner eigenen Schuld zuzuschreiben [52]). Vani enim timoris, sagt Celsus [53]), justa excusatio non est. War hingegen die Furcht des Contrahenten gegründet (si talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in constantem virum [54]), so ist nach dem Naturrecht der ganze Vertrag null und nichtig, wenn solcher durch die erregte Furcht lediglich veranlaßt worden ist (metus causam dans); hat hingegen die Furcht nicht den Vertrag selbst, sondern nur die gegenwärtige Modification desselben veranlaßt (metus incidens), so ist der Vertrag an sich nicht ungültig, sondern nur die widerrechtlich erzwungene Modification desselben ist in Ansehung des dadurch verletzten Paciscenten unverbindlich, und gibt ihm ein Recht, von dem andern deshalb einen Schadensersatz zu fordern [55]). Eben diese Grundsätze befolgten die Römer bey den blo-

niam neque vi neque metus causa factum est. Rudolph cit. Diss. Sect. I. §. 5. et 8.

52) Rudolph cit. Diss. Sect. II. §. 17. wo er zugleich den Einwurf einer scheinbaren Ungerechtigkeit hebt. S. auch Hofacker in Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 207. nr. II. *Sam. Frid.* Willenberg in Selectis iurisprud. civ. P. II. Exercit. Sabbathin. LI. und Müller D. de verbis minitantibus Cap. III. Th. 3.

53) *L.* 184. *D. de Reg. iur.* Diese Stelle gehört nicht zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, denn Celsus handelt in dem siebenten Buch seiner Digestorum von den Contracten, wie *Iac.* Gothofredus in Commentar. in Tit. Pandectar. de div. Regulis iuris pag. 732. sqq. gezeigt hat.

54) wie P. Honorius *III.* sagt in *Cap.* 28. *X. de Sponsalib.*

55) Rudolph cit. Diss. Sect. II. §. 17. Höpfner im Naturrecht §. 78.

sen Verträgen[56]). Nur in Ansehung der eigentlichen Contracte machten sie einen Unterschied, ob sie bonae fidei oder stricti iuris waren. Letztere waren nach dem strengen Recht gültig, wenn sie gleich durch ungerechte Furcht erzwungen worden[57]). Denn solche Contracte beurtheilten die Römer blos nach ihrer Formel, und was nicht ausdrücklich darin festgesetzt war, darauf wurde gar keine Rücksicht genommen[58]). Man bestand daher um so

56) *L.* 21. §. 3. *D. quod metus causa.* Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum, nec talem prommissionem dotis ullam esse. Eben so wird *L.* 13. *D. de Sponsalib.* gesagt: Filiofamilias dissentiente, sponsalia nomine eius fieri non possunt, und in der *L.* 22. *D. de ritu nupt.* heißt es: matrimonium inter invitos non contrahi. Die Worte: Si patre cogente filiusfam. ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, *contraxit tamen matrimonium*, sind nicht entgegen, denn sie sind de metu reverentiali zu verstehen, wie Walch cit. Diss. Sect. II. §. 20. gründlich gezeigt hat. Daß übrigens die Römer nicht etwa blos diejenigen Verträge allein, wovon die angeführten Gesetzstellen reden, der Furcht wegen für nichtig erklärt haben, sondern daß eben dieses auch bey andern bloßen Verträgen Rechtens gewesen, ergibt sich theils aus einer Constitution des Kaisers Antoninus, welche im Cod. Gregorian. Lib. I. T. II. nr. II. beym Schulting *in Iurisprud. Antejustinian.* pag. 685. so lautet: *Pacta*, quae *ab invitis* coutra leges constitutionesque fiunt, *nullam vim habere*, indubitati iuris est, theils aus einer Verordnung der Kaiser Valens und Valentinian in *L.* 4. *Cod. Theod. de pactis*, wo es heißt: *Pacta* quidem per vim et metum apud omnes satis constat *cassata viribus* esse respuenda.

57) §. 1. *I. de Exception. L.* 5. *Cod. de inutil. stipulat.*

58) Breuning in der angef. Abhandl. §. 6.

mehr auf ihre Gültigkeit, je mehr man sich aus der stoischen Philosophie überzeugt hatte, daß der Zwang die Einwilligung nicht aufhebe [59]). Solche Contracte mußten daher von dem Prätor, mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, aufgehoben werden, wovon in dem zweyten Titel des vierten Buchs der Pandecten ausführlicher gehandelt wird. Mit den bonae fidei Contracten verhält sich die Sache anders [60]). Bey diesen sahe man blos auf

59) So z. B. sagt Paulus *L.* 21. §. 5. *D. quod met. causa.* Quamvis, si liberum esset, noluissem, *tamen coactus volui.* S. ECKHARDTI Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 136.

60) Diese Lehre ist zwar nicht außer Streit, denn mehrere berühmte Rechtsgelehrten behaupten, daß auch b. f. Contracte nach dem strengsten Recht gültig gewesen, und dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe gesucht werden müssen; als BACHOVIUS ad τα Πρῶτα Tit. quod met. causa pag. 1004. in fin. et sqq. HUBER in Praelect. ad Pandect. eod. Tit. §. 3. LAUTERBACH in Colleg. Th. pract. Pandect. Lib. IV. Tit. II. §. 22. sqq. VOET in Commentar. ad Pandect. eod. Libr. et Tit. §. 2. COCCEJUS in iure Civ. Controv. eod. Tit. Qu. 2. RHETIUS in Diss. de metu Cap. II. §. 1. et 2. u. a. m. Allein NOODT in libr. de forma emend. doli mali cap. 16. *Ian. a* COSTA in Commentar. in Decretales Gregorii IX. Lib. I. Tit. 40. pag. 250. sqq. RUDOLPH cit. Diss. de effectu metus in pactis et contr. Sect. III. §. 35. DOMPIERRE *de* IONQUIÈRES in Specim. de Restitutionibus in integrum Tit. II. §. 17. pag. 93. sqq. *Christ. Gottl.* BIENER in Historia iuris civ. de restitutionibus in integrum *Lipsiae* 1779. Cap. IV. pag. 28. *G. Fr.* WALCH cit. Diss. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex Iur. Rom. partim ipso iure nullis, partim a Praetore rescindendis Sect. I. §. 3. sqq. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. c. l. pag. 335. Not. h. und *Chr. Guil.* WEHRN in doctr. iuris explicatr. principior.

Billigkeit, und die freye Einwilligung der Contrahenten wurde zur Substanz derselben erfordert [61]). Sie waren also schon an sich selbst nichtig, wenn sie durch ungerechte Furcht veranlaßt worden [62]). Jedoch konnte man sich auch bey solchen Contracten des prätorischen Rechtsmittels mit Vortheil bedienen, wenn die ordentliche Klage aus dem Contract entweder nicht hinreichte, um das Seinige wieder zu erhalten, oder das prätorische Rechtsmittel sonst vortheilhafter war [63]), wovon in Tit. 2. des IV. Buchs ein Mehreres vorkommen wird. Daß heutiges Tages aller Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten wegfalle, ist schon oben (S. 127.) bemerkt worden. Alle Contracte sind in Teutschland bonae fidei, und daher an sich nichtig, wenn sie durch ungerechte Furcht erzwungen worden sind [64]).

et causar. damni Cap. II. §. 5. Not. 37. pag. 41. sqq. haben jene Meinung so gründlich widerlegt, daß man sich billig wundern muß, wie dennoch einige neuere berühmte Rechtsgelehrten ihr haben beypflichten können.

61) *L.* 116. *pr. D. de Reg. iur.* Nihil *consensui* tam contrarium est, *bonae fidei iudicia sustinet*, quam *vis* et *metus*, quem comprobare contra bonos mores est.

62) *L.* 1. *Cod. de rescind. vendit.* Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est. *Malae fidei enim emtio irrita est.*

63) *L.* 3. 4. *et* 5. *Cod. de his, quae vi metusve caus. gesta sunt.* *Ian. a* Costa in Comment. ad Decretales cit. loc. pag. 253. Noodt cit. libr. cap. 16.

64) S. Rudolph cit. Diss. Sect. III. §. 40. Breuning in der angef. Abhandl. §. ult. Zwar ist Coccejus in I. C. C. c. l. pag. 336. anderer Meinung: allein Emminghaus ad Eundem Not. i.

Ist die Furcht von einem Dritten erregt worden, welcher nicht Mitpaciscent ist, so war die Drohung entweder gerecht, oder ungerecht. In dem ersten Falle, wenn z. B. die Obrigkeit durch rechtmäßige Drohungen und Zwangsmittel Jemanden zur Erfüllung seiner Schuldigkeit anhält, und dieser, um ferneren Unannehmlichkeiten zu entgehen, hierdurch genöthiget wird, mit einem Dritten ein Geschäft einzugehen, so ist der Vertrag nicht ungültig [65]); gesetzt auch, daß der Schuldner, weil ihn die Noth drängte, das Seinige etwas wohlfeiler hätte verkaufen müssen, als sonst geschehen seyn würde [66]). Ist hingegen die Furcht von einem Dritten durch widerrechtliche Drohungen erregt worden, so gab dieselbe entweder nur die Gelegenheit, zur Schließung eines Vertrags, welchem der Drohende selbst nicht beabsichtigte, oder der Drohende hat denselbigen Vertrag intendirt, welcher der Furcht wegen eingegangen worden ist. Im erstern Falle schadet die Furcht der Gültigkeit des Vertrags nichts, und findet dagegen nicht einmal eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt,

hat ihn bündig widerlegt. Auch schon das canonische Recht erklärt alle durch ungerechte Furcht erzwungene Geschäfte für nichtig. *Cap.* 2. *et* 4. X. *de his, quae vi met. caus. fiunt. Cap. un. eod. in VIto.* Gundling in Tract. de efficientia metus Cap. IV. und Böhmer in Diss. de exceptione metus iniusti. Cap. III. §. 3. sqq.

65) *L.* 3. *D. quod. met. caus.* Mevius Part. II. Decis. 41. Gundling cit. libr. Cap. III. §. 21.

66) *L.* 12. *C. de rescind. vendit.* Es muß jedoch das *non* vor den Worten *viliori pretio* billig mit Cujaz weggestrichen werden, wie auch Westphal vom Kauf ꝛc. §. 26. bemerkt hat.

weil hier die Läsion nicht aus dem Pactum entspringt[67]). Im letztern Falle kommt es wieder darauf an, ob der Promissar darum gewußt hat, daß Promittent zu dem Vertrag gezwungen worden ist, oder nicht. Ist das erstere, so ist der Vertrag ungültig, wenn nur sonst die Furcht nicht ungegründet war[68]). Ist hingegen letzteres, so ist der Ver-

67) *L.* 9. §. 1. *in fin. D. quod met. caus.* Eleganter Pomponius ait, si, quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero: non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipsi hanc tibi vim summisi. Caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor. Hierher gehört auch *L.* 34. §. 1. *D. de donation.* Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, *haec donatio irrevocabilis est*: non merces eximii laboris appellanda est: quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. Diese letztere Stelle ist aus Pauli Sentent. Recept. Lib. V. Tit. XI. §. 6. (in Schulting *Iurisprud. Antejust.* pag. 475.) genommen, jedoch vom Tribonian interpolirt. Uebrigens sind die Ausleger über die Leseart und Erklärung dieser Stelle nicht einig. S. Rudolph cit. Diss. Sect. III. §. 30. und besonders Walchii Introductio in controversias I. Civ. Sect. III. Cap. III. Membr. 1. §. 13. Not. *).

68) *L.* 5. *Cod. de his, quae vi metusve causa.* Non interest, a quo vis adhibita sit patri et patruo tuo, utrum ab emtore, an vero SCIENTE EMTORE ab alio, ut vi metuve possessionem vendere cogerentur. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen jedoch die Worte *sciente emtore* für einen unächten Zusatz halten, weil sie in den *Basilicis* Lib. X. Tit. 2. Tom. I. pag. 594. fehlen. S. Schulting Enarrat. part. prim. Digest. Lib. IV. Tit. II. §. 5. und Dompierre *de* Jonquieres Specim. de Restitut. in integr. Tit. II. §. 23. pag. 106. Allein man sehe Rudolph cit. Diss. §. 36. u. 37.

trag entweder schon erfüllt, oder nicht. Im letztern Falle kann sich der Promittent gegen einen Jeden, der ihn aus dem Versprechen belangt, mit der **exceptione metus** schützen [69]). Im ersteren Falle hingegen ist der Contract nicht schlechterdings ungültig, sondern der Promissar muß sich an den halten, der ihn durch widerrechtliche Gewalt in Schaden gesetzt hat. Sollte jedoch von diesem nichts zu erhalten seyn, so kann auf solchen Fall dem lädirten Contrahenten die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht abgesprochen werden [70]). Ich bemerke nur noch zum Schluß dieser Lehre,

1) daß bloße Persuasionen ein Versprechen nicht entkräften, wenn nicht Betrug damit verbunden ist [71]);

2) daß auch ein erzwungenes Versprechen durch eine nachher erfolgte freywillige, ausdrückliche oder stillschweigende, Genehmigung gültig wird. Dahin gehört, wenn Promittens das Versprechen freywillig erfüllt, oder zur Sicherheit desselben Bürgen stellt, oder Pfänder gibt [72]);

3) daß ein Vertrag durch ungerechte Furcht erzwungen worden sey, muß von dem erwiesen werden, der solches behauptet, und aus diesem Grunde auf die Aufhebung desselben dringt. Dieser Beweis muß um so bündiger gefüh-

69) *L.* 4. §. 33. *D. de doli mali et met. except.*

70) *L.* 14. §. 3. *D. quod met. caus.* *I. H.* Boehmer in Tract. de matrimonio coacto. Cap. I. §. 11.

71) Stryck D. de iure persuasionis. Leyser Specim. XLII. medit. 2. Vol. I. pag. 429.

72) *L.* 2. *L.* 4. *Cod. de his, quae vi metusv. caus.* Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I §. 208. Not. b. pag. 164.

ret werden, je mehrere Vermuthungen demselben entgegen stehen [73]).

§. 302.

IV) Von der Simulation, und deren Wirkung bey Verträgen.

Die Einwilligung der Paciscenten muß endlich auch aufrichtig und im Ernst erkläret seyn. Ein Scheinvertrag, den die Paciscenten im Ernst nicht haben schließen wollen, ist ungültig, und so gut als keiner [74]), insofern ihn die Gesetze nicht etwa als ein Mittel vorschlagen, sein Recht zu erhalten [75]). Haben die Paciscenten unter dem

73) *L. ult. pr. D. quod met. caus.* Mascardus de Probationib. Conclus. MLVI. nr. 12. Tom. III. pag. 147. und besonders Dompierre *de* Jonquieres Specim. de Restitutionib. in integr. Tit. II. §. 21. pag. 102. sqq.

74) *L.* 55. *D. de. contrah. Emt.* Nuda et imaginaria venditio pro non facta est. *L.* 54. *D. de obligat. et action.* Contractus imaginarii iuris vinculum non obtinent. *L.* 21. *Cod. de Transact.* Quae simulate geruntur, pro infectis habentur. *Ge.* Schubart Disp. de contractu simulato. *Ienae* 1692. *Henr.* Cocceji Diss. de Simulatione. *Francof.* 1693. a Cocceji Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Quaest. 52. *Io. Sim. Franc. de* Lichtenstein D. de simulatione circa matrimonium *Goettingae* 1743.

75) Ein Beyspiel gibt *L.* 66. *D. de iure dot.* Si usufructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mibi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri: quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum

Scheinhandel ein anderes Geschäft versteckt, so gilt die Regel: plus valet id, quod agitur, quam quod simulate concipitur [76]). Es kommt also darauf an, was die Partheyen für einen Vertrag wirklich haben abschließen wollen, dieser gilt, sofern er nichts wider die Gesetze enthält. Wenn

usumfructum. Quidam ergo *remedii loco* recte putaverunt introducendum, ut vel *locet* hunc usumfructum mulieri maritus, vel *vendat nummo uno*: ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Nach getrennter Ehe mußte dos zurückgegeben werden. Allein hier hatte ein Extraneus die Nutznießung eines Grundstücks dem Ehemann zum Heyrathsgut gegeben, und sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten. Folglich hatte die Frau ein Recht darauf erworben. Dieser konnte aber dennoch der ususfructus nicht cedirt werden, weil ihr die Proprietät des Grundstücks nicht gehörte. Ein Scheinkauf oder Pacht schien also hier das einzige Mittel zu seyn, das Recht der Frau zu erhalten. S. *L.* 57. *D. Soluto matrim.* Man vergleiche *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. in *Thes. Ottonian.* Tom. IV. pag. 508. sqq. *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. III. cap. 11. pag. 330. sqq. *Greg.* MAJANSIUS in Commentar ad triginta ICtor. omnia fragm. pag. 327. *Henr.* BRENKMANN Diatr. de Eurematicis Cap. XII. pag. 258. sqq. Da man jedoch auch salvo ususfructus iure, einem andern den Genuß der Früchte umsonst überlassen kann, so ist nicht abzusehen, warum nicht ususfructus eben so gut durch eine wahre Schenkung der Frau nach getrennter Ehe hätte überlassen werden können. Man sehe *L.* 12. §. 2. und *L.* 38. *D. de Usufructu*, auch *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano. pag. 596. sq. Ein anderes Beyspiel aus der *L.* 27. *D. depositi* führt *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. II. Tract. I. in *Thesaur. Meermann.* T. IV. pag. 80. an.

76) *Tot. Tit. Cod. plus valere, quod agitur.* (IV. 22.).

ich also Jemanden eine Sache schenken will, zum Schein aber sie ihm verkaufe, und daher entweder eine solche Kleinigkeit dafür nehme, die gar nicht als ein Kaufpreis gelten kann (unus nummus); oder zwar einen billigen Preis bestimme, mich aber reversire, daß ich ihm nicht fordern wolle, so gilt die Schenkung, nicht der simulirte Kauf [77]). Man setze aber, der Kauf sey darum simulirt worden, um eine Schenkung unter Ehegatten dadurch zu bemänteln; so gilt weder Kauf noch Schenkung [78]). Hat Jemand bey Schliessung eines Handels zum Schein eines andern Namen gebraucht, so verpflichtet zwar diese Simulation den nicht, der sich ihrer bedient hat, selbige zum Vortheil des andern wider sich als Wahrheit gelten zu lassen [79]); allein ist die

77) *L.* 36. *et* 38. *D. de contrah. Emt.* L. 46. *Locati.* L. 3. *Cod. de contrah. Emt.* L. 9. *C. eodem.* S. Averanius Interpretat. iuris Lib. I. cap. 29. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 5. Ist eine Schenkung in einen Scheinkauf eingekleidet worden, so wird auch, wie Hermogenian *L. ult. D. pro donato* lehrt, die Sache nicht pro emtore, sondern pro donato usucapirt. S. Finestres in Hermogeniano pag. 593. In einem solchen Falle kann auch kein Retract ausgeübt werden; man sehe Walchs Näherrecht 1. B. 3. Hauptst. 2. Abschn. §. 18. S. 158.

78) *L.* 5. §. 5. *L.* 7. §. 6. *L.* 32. §. 24. *et* 25. *L.* 52. *D. de donation inter Vir. et Uxor.*

79) *L.* 5. *Cod. Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine.* Cum propria pecunia tua te comperante possessionem, quondam uxoris tuae nomen tandummodo accommodasse dicas, eandemque occasione custodiae suae commissorum instrumentorum contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi usurpasse dicas: rector provinciae pro sua exercitatione cognitum habens, donationem a non domina, uxore tua, in filiam suam collatam, nullum

Verstellung zu eines Dritten Nachtheil gebraucht worden, so ist dieß eine Gefährde, wider welche der Dritte durch den Richter geschützt werden muß [80]). In diesem Falle kann zuweilen der Dritte auf die Erfüllung desjenigen klagen, was eigentlich nur zum Schein, um ihn zu hintergehen, versprochen worden ist [81]). Uebrigens wird jedoch im Zweifel

praeiudicium dominio tuo attulisse: docenti tibi, veritatem precibus tuis adsistere, restituere eandem possessionem, habita etiam fructuum taxatione, curabit. Der Mann hatte beym Erkauf eines Grundstücks der Frauen Namen gebraucht. Diese hatte auch die Documente darüber im Beschluß gehabt. Sie benutzte diese Gelegenheit, und schenkte das gekaufte Grundstück, als ob es ihr wirkliches Eigenthum wäre, ihrer Tochter, da es doch nur eine Simulation gewesen. Nach getrennter Ehe wollte der Mann das Grundstück vindiciren. Dieß hatte kein Bedenken, wenn er sein Vorgeben beweisen kann. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf. §. 779.

80) *L.* 7. §. 9. *D. de pactis. L.* 49. *pr. D. de act. emti venditi.* Westphal a. a. O. §. 5.

81) Einen merkwürdigen Fall hat Leyser in Meditat. ad Pandect. Spec. XLII. med. 5. Ein junger Mensch warb um ein reiches Mädchen. Um ihr Jawort desto gewisser zu erhalten, beredete er seine Mutter, ihm eine ansehnliche Summe zur Mitgift zu verschreiben, stellte ihr jedoch einen Revers aus, daß er diese Summe nie von ihr fordern wolle. Durch diesen Betrug bekommt er die Braut. Nach einigen Jahren stirbt der junge Ehemann, und bald nach ihm seine Mutter. Die Wittwe fordert nun von den Erben ihrer Schwiegermutter das ihr in den Ehepacten verschriebene Gegenvermächtniß. Man setzt ihrer Klage den Revers ihres verstorbenen Mannes entgegen; allein dieser konnte ihr nicht präjudiciren. Denn die Mutter hatte sie durch die zum Schein

keine Simulation vermuthet; sie muß also von dem, welcher sie vorschützt, erwiesen werden [82]). Ist dieß geschehen, so ist der ganze Scheinvertrag nichtig, wenn gleich der Einrede der Simulation ausdrücklich wäre entsaget worden [83]).

§. 303.

Der Gegenstand des Vertrags muß 1) bestimmt seyn. Ausnahmen dieser Regel. Vom Vertrage über ungewissen Gewinn. Erklärung der *L.* 8. *D. de contrah. Emt.* *L.* 12. *D. de act. Emti Vend.* und *L.* 39. §. 1. *D. de Contr. Emt.*

Soviel hiernächst der Gegenstand des Vertrags betrifft, so muß derselbe 1) bestimmt seyn. Ein Versprechen, welches auf nichts Gewisses gerichtet ist, ist ungültig [84]). Denn der Promittent gibt dadurch zu erkennen, daß er nicht die Absicht habe, sich verbindlich zu machen, und da man nicht weiß, was er gemeint hat, so thut er seinem Versprechen ein Genüge, wenn er auch etwas gibt, was gar keinen oder nur einen geringen Werth hat [85]).

verschriebene hohe Ehesteuer blos zur Eingehung der Ehe und gleichmäßiger favorabler Ehepacten zu verleiten gesucht. Diese Gefährde konnte ihr nicht zu Statten kommen. Es wurde also für die Klägerin gesprochen.

82) *L.* 6. *et* 18. §. 1. *D. de probat.* Müller ad *Struvium* Exerc. XXIII. Th. 62. Not. ε. pag. 1574. Mascardus de probation. Conclus. 439. Walchs Näherrecht 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 18. Not. 2.

83) Cocceji Disputat. cit. §. 27. sqq. Brunnemann ad Codic. Lib. II. Tit. 20. L. 2. n. 8.

84) *L.* 1. *Cod. de dot. promiss.*

85) *L.* 52. *D. mandati.* *Christ.* Thomasii Diss. de obligatione ex promissione rei incertae. *Halae* 1715.

Dahin gehört a) wenn das Versprechen auf ein bloßes Compliment hinaus läuft. z. B. ich verspreche Jemanden, daß ich bey Gelegenheit für ihn sorgen will, oder ich mache Einem das Compliment: ich selbst und mein ganzes Vermögen stünden allezeit zu seinem Befehl[86]. b) Wenn eine fungible Sache, die durch Zahl, Maas, oder Gewicht bestimmt wird, ohne Bestimmung der Quantität und Qualität versprochen worden ist. z. B. Wenn ich Jemanden Getreide, oder Wein oder Holz versprochen habe, ohne zu bestimmen, was und wieviel er haben soll, so ist das Versprechen unverbindlich[87]. c) Wenn ein genus versprochen worden, und dieses so allgemein ausgedrückt ist, daß es auch Dinge unter sich begreift, die zu nichts dienen, z. B. ich verspreche einem ein Thier. Ist das genus nicht so allgemein ausgedrückt, z. E. ich verspreche einem ein Pferd, ein Haus, ein Grundstück; so ist es zweifelhaft, ob das Versprechen gültig sey? Papinian verneinet dieses an mehreren Orten. So sagt er *lib. IV. Responsorum*[88]: Fundo non demonstrato, nullam esse stipulationem fundi constat; und *lib.* 2. *Quaestionum*[89]: Imperfecta erit stipulatio, si fun-

86) Schoepfer de verbis honoris. Thomasius in Diss. cit. §. 21. sqq.

87) *L.* 115. *pr. D. de Verbor. obligat.* Imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem. Add. *L.* 94. *D. eodem. Ios.* Averanius Interpretation iuris. L. IV. cap. 15.

88) *L.* 69. §. 4. *D. de iure dot.*

89) *L.* 115. *pr. D. de Verb. Obligat.*

dum dari, non adiecto nomine, stipulatus essem. Ulpian hingegen scheint das Gegentheil zu lehren, wenn er *lib.* 22. *ad Edictum* [90]) sagt: Si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur: incertum deducit in obligationem. Daß hier von gültigen Stipulationen die Rede sey, aus denen nur keine condictio certi, sondern ein actio incerti ex stipulatu entspringt, hat schon Averanius [91]) bemerkt. Ich glaube, es kommt darauf an, ob der Promissor selbst dergleichen Sachen besitzt, welche das versprochene genus unter sich begreift, oder nicht. Im erstern Falle halte ich das Versprechen nach Ulpians Meinung für gültig. Denn im Zweifel kann nicht vermuthet werden, daß Promittent nur habe scherzen wollen, weil Verträge in der Absicht geschlossen werden, sich zu verpflichten, und dem andern ein Recht zu übertragen. Man muß daher ein Versprechen im zweifelhaften Falle so erklären, daß es bestehen kann [92]). Hat also Jemand dem andern ein Pferd, oder ein Haus versprochen, und Promittent hat eins oder mehrere Pferde oder Häuser, so ist er schuldig, eines davon zu übergeben. Welches aber? bleibt seiner Wahl billig überlassen [93]). Im

90) *L.* 75. §. 1. *D. eodem.*

91) Interpretat. iuris Lib. IV. Cap. 14. nr. 2. S. auch Westenberg Princip. iuris sec. ord. Digestor. Lib. XLV. Tit. I. §. 7. et 8.

92) *L.* 80. *D. de Verbor. Obligat.* Quoties in stipulationibus ambigua oratio est: commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. S. Thomasius cit. Dissert. §. 31.

93) *L.* 106. *D. de Verb. obligat.*

letzteren Falle hingegen hat unstreitig Papinian recht, weil hier der Gegenstand des Versprechens ganz ungewiß ist. Denn Häuser und Grundstücke erhalten ihre willkühr-liche Bestimmung von Menschen [94]). Auch das Wort fundus hatte bei den Römern eine sehr verschiedene Bedeutung [95]), und konnte auf eine Kleinigkeit reducirt werden. Ein Pferd hat zwar seine Bestimmung von der Natur. Daher behaupten auch verschiedene Rechtsgelehrten, daß das Versprechen gültig sey, wenn das unbestimmte genus seine Bestimmung von der Natur habe [96]). Allein in den Gesetzen ist diese Ausnahme nicht gegründet, und es könnte ja auch hier der Promittent leicht durch Ueberlieferung eines Pferdes, welches von gar keinem Werth ist, sich seines Versprechens entledigen [97]). Soll also ein Versprechen gültig seyn, so ist zwar nicht erforderlich, daß der Gegenstand desselben müsse **individualiter** bestimmt seyn, sondern es muß nur wenigstens auf eine solche Art bestimmt seyn, daß man daraus siehet, was der Promittent gemeint hat, und also derselbe das Versprechen durch seine Wahl und Willkühr nicht vereiteln kann; es mag übrigens ein Individuum, oder eine gewisse Quantität, oder ein bestimmtes genus, oder ein gewisses **factum** den Gegenstand des Ver-

94) *L.* 24. §. 3. *D. de Legat. I.* Nostra destinatione fundorum nomina et domus, non natura constituuntur.

95) Man vergleiche nur *L.* 60. *L.* 115. und 211. *D. de Verbor. Significat.*

96) Cujacius ad lib. 4. Responsor. Papiniani. Averanius Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 14. nr. 1, Goeddaeus in Commentar. ad L. 60. D. de Verbor. Significat. Actiom. II. nr. 8.

97) Thomasius cit. Diss. §. 35. et 44.

trags ausmachen. Es gibt indessen Ausnahmen, da auch ein unbestimmtes Versprechen verbindlich ist; nämlich 1) wenn entweder das Gesetz selbst oder das Herkommen schon bestimmt hat, was Promittent zu leisten schuldig ist. Dahin gehört, wenn der Vater seiner Tochter eine Brautgabe versprochen hat, so ist das Versprechen verbindlich, wenn gleich das Heyrathsgut weder der Qualität noch der Quantität nach bestimmt worden; weil schon die Gesetze selbst den Vater zur standesmäßigen Ausstattung seiner Töchter verpflichten, wenn er auch kein Heyrathsgut versprochen hat [98]). Der Richter muß das Quantum, den Umständen und der Billigkeit gemäß, bestimmen [99]). 2) Wenn Promittent die Bestimmung desjenigen, was er prästiren will, auf sein billiges Gutbefinden gestellet hat. Hier entscheidet der Richter ebenfalls nach den Regeln der Billigkeit [100]). Z. B. wenn ein Dritter, der nicht der Vater ist, einen Brautschatz nach Gutbefinden zu geben versprochen hat, so gilt das Versprechen, wenn gleich die Qualität des Heyrathsgutes so wenig, als die Quantität be-

98) *L.* 69. §. 4. *D. de iure dot.*

99) Averanius Interpretat. iur. Lib. IV. cap. 15. n. 9. et 10.

100) *L.* 24. *pr. D. locati.* *L.* 75. 76. 78. *et* 79. *D. pro socio.* *L.* 7. *D. de contrah. emt. vendit.* *L.* 22. *D. de Reg. iur.* Hätte der Promittent den Gegenstand des Versprechens blos in seinen Willen gestellet, so wäre freylich das ganze Versprechen unverbindlich. Z. B. *Si voluero, decem dabo.* Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus, sagt *L.* 7. *pr. D. de contrah. Emt.* Vid. *Pet.* Belloji Varior. iuris civ. Lib. III. cap. V. n. 5. (Tom. IV. *Thes. Meermann.* pag. 700.)

stimmt ist. Dem Promissar steht in diesem Falle eine Klage zu, wenn Promittent sein Versprechen nicht erfüllt, und der Richter wird das Quantum nach den Regeln der Billigkeit bestimmen. Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse [1]). 3) Gilt auch der Vertrag, wenn der Gegenstand desselben in Beziehung auf etwas anders bestimmt worden, durch dessen Vergleichung selbiger gar leicht zur Gewißheit gebracht werden kann [2]). Z. E. ich verkaufe Einem meinen Getreidevorrath, der auf meinem Boden sich befindet, um den Marktpreiß. 4) Wenn die Bestimmung des Gegenstandes einem Dritten überlassen worden, und dieser nicht nur gewiß ist, sondern auch die Bestimmung des Gegenstandes übernimmt, und seine Taxe nicht wider die Regeln der Billigkeit streitet [3]). Ist der Dritte nicht bestimmt, z. B. ich verspreche einem, für sein Pferd zu bezahlen, was ein sachverständiger Mann für billig halten wird, und die Contrahenten können sich über die Person des Dritten nicht vereinigen, so wird nichts aus dem Handel [4]). Eben so ist es, wenn der Dritte die Bestimmung des Preises nicht übernehmen will [5]). Es ist übrigens einerley, ob die Sache, worüber paciscirt wird, schon zur Zeit des Vertrags existirt, oder noch zukünftig ist, denn auch über künftige und ungewisse Dinge kann ein

1) *L.* 3. *Cod. de dos. promiss.*

2) *L.* 75. §. 5. *D. de verbor. obligat.*

3) Thomasius cit. Diss. §. 34.

4) *L.* 25. *D. Locati.*

5) *L. ult. Cod. de contrah. emt.*

Vertrag geschlossen werden, wenn nur eine Hoffnung vorhanden ist, daß sie zur Wirklichkeit kommen werden. Man nennt einen solchen Vertrag, der über einen Gegenstand, dessen Daseyn noch ungewiß ist, und von einer Casualcondition abhängt, geschlossen wird, eine *Conventionem spei*[6]). Es sind hier zwey Fälle denkbar. Der Vertrag kann entweder solche ungewisse Dinge zum Gegenstand haben, deren Gewinn von einem bloßen Glückszufall abhängt, der eben so oft trügen, als sich ereignen kann; oder der Vertrag betrifft solche Dinge, deren Wirklichkeit wenigstens nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur ordentlicher Weise gehofft werden kann. Im erstern Falle wird der Vertrag eine *conventio spei simplicis*, im letztern aber *conventio rei speratae* genannt. Z. B. wenn ich einem Fischer, der sein Netz auswirft, für diesen Fischzug einen Thaler verspreche, so ist dieser Handel ein Vertrag über die bloße Hoffnung eines ungewissen Gewinnes. Wenn ich aber einen Vertrag über künftige Früchte, die noch erst wachsen und reifen sollen, schließe, so ist dieses ein Vertrag über eine gehoffte Sache[7]). Der Unterschied bestehet darin,

6) Hiervon haben geschrieben *Adr.* Beier Diss. de spe. *Ienae* 1661. *Ge. Heinr.* Weidmann Diss. de emtione spei. Altorf. 1678. *Io. Sam.* Stryck Diss. de eod. arg. Willenberg Diss. de spe vendita. *Henr. Melch.* Schütte Diss. de eo, quod iustum est circa venditionem rerum futurarum. *Erf.* 1743. *Io. Ulr. de* Cramer Spec. nov. iuris naturalis de aequitate in probabilibus exemplo emtionis spei illustrata Edit. 2. *Erlangae* 1754. Ernst Christ. Westphals rechtl. Abhandlung von dem Handel über künftigen ungewissen Gewinn. Halle 1783. 4.

7) Linck D. de differentia spei et rei speratae in emt. venditione. *Casp. a* Rheden de emtione spei et rei speratae.

daß beym Vertrag einer bloßen Hoffnung sich's beyde Theile müssen gefallen lassen, es falle die Hoffnung aus, wie sie wolle. Bekommt also der Käufer gar nichts, so muß er doch das versprochene Kaufgeld geben [8]). Bekommt er aber auch einen außerordentlichen Gewinn, so muß ihm auch diesen der Verkäufer für das bedungene Geld überlassen, wenn solcher auch den Kaufpreis noch so weit übersteigen sollte [9]).

8) *L.* 8. §. 1. *D. de contrah. emt.* Aliquando et sine re venditio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captus piscium vel avium emitur. Emtio enim contrahitur, *etiamsi nihil* inciderit: *quia spei emtio est.* — *L.* 11. §. *ult. D. de act. emti vend.* Cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe, etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. *Panthera* heißt hier so viel als rete aucupatorium, ein Vogelgarn. S. Ducker de Latinitate ICtor. veter. pag. 400. sq. *Indago* und *plagae* sind die Jägernetze und Vorhänge, womit man den District umziehet, worin ein Treibejagen angestellt wird.

9) *L.* 12. *D. de act. emti vend.* Si iactum retis emero, et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est. Si, quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit. So wenig der Verkäufer durch Unterlassung des Fanges den Handel rückgängig machen darf, so wenig darf er dem Käufer das Gefangene vorenthalten, wenn er etwa viel mehr an Fischen gefangen, als der Käufer an Gelde versprochen, und ersterer sich weigern sollte, den ganzen Fang für das wenige Geld zu geben. Wenn nun gleich das Gesetz in solchem Falle den Käufer berechtiget, durch Vergütung des Werths der Fische, Entschädigung zu verlangen, so ist doch dieses billig nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Verkäufer den Fang nicht tradiren kann, oder wenigstens der Käufer nicht auf die wirkliche Ueberlieferung bestehet.

Denn beydes ist in der Natur eines solchen Handels begriffen, dessen Gegenstand auf einem bloßen Glückszufall beruhet. Bey dem Vertrage über eine Sache, die nach dem ordentlichen Laufe der Natur gehofft werden kann, verhält sich die Wirkung anders. Der Handel ist in diesem Falle bedingt; die stillschweigende Bedingung ist, daß die gehoffte Sache einigermaßen zur Wirklichkeit komme, sonst ist der Handel nichtig. Bey dem Kauf künftiger Früchte wird also erfordert, daß sie der Hoffnung wenigstens einigermaßen entsprechen. Sollte daher gar nichts gewachsen seyn, so ist der Handel ungültig, weil die Bedingung desselben nicht eingetreten[10]). Sind weniger Früchte gezogen worden, als der

Denn daß der Käufer sich mit einer bloßen Entschädigung nicht begnügen zu lassen braucht, sondern auf die Aushändigung der Fische selbst klagen könne, haben schon SONNEMANN in Praelect. ad LL. notabil. pag. 415. und WEIDMANN Diss. cit. de emtione spei Th. 32. bemerkt. Uebrigens sind auch über die L. 12. *Vinc.* CABOTIUS Disputation. Lib. II. cap. 24. (Tom. IV. *Thesaur. Meermann.*) und CUJACIUS in Comm. ad Dig. h. L. nachzusehen.

10) *L.* 8. *pr. D. de contrah. emt.* Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi: et tamen fructus et partus futuri recte emuntur: ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur. Sed si id egerit venditor: ne nascatur, aut ne fiant, ex emto agi posse. Dieses Gesetz lehrt, daß ein Kauf ohne Waare, worüber gehandelt wird, nicht gedacht werden könne. Demohngeachtet aber könne man doch künftige Früchte, oder künftige Geburten gültig kaufen. Daß das Gesetz hiermit keine Ausnahme von jener Regel habe machen wollen, siehet man deutlich daraus, weil es erst §. 1. in den Worten *aliquando tamen et sine re venditio intelligitur*, zur Ausnahme schreitet, und

Käufer gehofft hat, so muß der Käufer zwar den Schaden tragen, sofern der Verkäufer dabey außer Schuld ist; es ist ihm aber auch ein außerordentlicher Gewinn nicht zu mißgönnen. Denn es bleibt doch auch dieser Handel in Rück-

N 2

dahin die emtionem spei rechnet. Bey dem ersteren Fall, da über künftige Früchte oder partus ein Kauf geschlossen wird, merkt das Gesetz weiter an, daß, wenn der partus zur Welt gekommen, vermöge einer rechtlichen Fiction anzunehmen sey, als wenn derselbe schon gleich Anfangs, als der Handel geschlossen worden, da gewesen sey. Es ist unstreitig, daß hier die bekannte Regel zum Grunde liegt: conditio existens retrotrahitur ad initium actus. Hieraus folgt nun von selbst, daß der Kauf in diesem Falle bedingt sey. Die Bedingung aber kann keine andere seyn, als die, wenn Früchte wachsen, es seyen deren viel oder wenig; oder wenn die gehoffte Geburt zur Welt kommen wird. So wie nun bey einem bedingten Vertrag kein Theil die Existenz der Bedingung hindern darf, so darf es nun auch hier nicht durch die Schuld des Verkäufers geschehen, daß keine Früchte gezogen worden. Sonst findet die actio ad id, quod interest, gegen ihn Statt. Dieß kann nun aber keinesweges so verstanden werden, als wenn der Verkäufer, dafern nur ohne seine Schuld keine Früchte erzeugt worden, für gar nichts haften dürfe, folglich der Kauf dennoch gültig bleibe. Nein, es verstand sich nach der Natur eines bedingten Geschäfts von selbst, daß der Käufer sein Geld wieder bekommen mußte, wenn die Bedingung nicht eingetreten. *L.* 7. *pr. D. eod.* Die Rede war nur von der Interessenklage ex emto, wenn der Verkäufer die Existenz der Bedingung gehindert hätte. Die Worte: *Sed si id egerit venditor* etc. gehen also unmittelbar auf das Vorhergehende. Die Ausnahme, welche §. 1. der L. 8. bey der emtione spei macht, lehrt offenbar, daß zwischen der emtio spei et rei speratae ein Unterschied sey. Unserer Meinung sind Noodt in

sicht der Gefahr, die dabey abzusehen, gewissermaßen ein pactum aleae. Dieß ist wenigstens die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten[11]), welche auch den Gesetzen allerdings ge-

Commentar. ad Pandect. Tit. de contrah. emtione *Oper.* Tom. II. pag. 393. *Ant.* Faber Rational. in Dig. h. L. und Pothier in Pandect. Iustinianeis Tom. I. Tit. de contrah. Emt. Nr. VIII. Not. c. pag. 489.

11) Außer den oben angeführten Schriften vergleiche man noch *Petr. Pantoja de* Ajala Commentar. in L. fin. Cod. de Aleatoribus (in *Thes. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1055. n. 15.) Cocceji Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 6. Voet in Comm. ad Dig. Tit. de contrah. emt. §. 13. Stryck de caut. contractuum Sect. II. cap. VIII. §. 9. et 10. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pandect. P. I. Tit. de contrah. Emt. §. 12. *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. P. I. §. 91. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 866. Not. 1. Nur Westphal in der oben angef. Abhandlung ist anderer Meinung. Er glaubt, bey einer emtione rei speratae sey kein Unterschied zu machen, sondern bey derselben müsse eben das Rechtens seyn, was bey einer conventione spei simplicis gilt. Allein seine Gründe haben mich nicht überzeugt. Der Einwurf, wer eine ungewisse Sache kauft, übernimmt die Gefahr, hat allerdings Grund, hebt aber den in der *L.* 8. *D. de contrah. Emt.* gegründeten Unterschied zwischen einer emtio spei simplicis und rei speratae nicht auf, weil ja auch in dem letzteren Falle der Käufer die Gefahr trägt, als welcher zufrieden seyn muß, wenn auch weniger Früchte gezogen worden sind, als er für sein Geld erwartete, und deßhalb keine Entschädigung verlangen kann. Die angeführte *L.* 78. §. *ult. D. de contrah. E. V.* beweißt auch nichts gegen uns. Denn sie entscheidet blos die Frage, wofür der Verkäufer hafte, wenn er beym Verkauf künftiger Früchte durch Vertrag die Unglücksfälle übernommen? Nun lehrt zwar aller-

mäß ist. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß auch bey einem Handel über künftige nach dem gewönlichen Lauf der Natur zu hoffende Dinge allerdings darauf zu sehen sey, ob man darüber, als über eine ganz ungewisse Sache auf alle Fälle contrahirt habe, es mag davon etwas zur Wirklichkeit kommen, oder nicht; oder ob man den Vertrag mit solchen Bestimmungen und Clauseln geschlossen, daraus abzunehmen, daß man für sein gewisses Geld auch eine ganz gewisse Waare haben, und folglich die Gefahr der noch zukünftigen Sache auf keine Weise übernehmen wolle. In jenem Falle ist der Handel auf einen bloßen Zufall gesetzt, und der Käufer muß zufrieden seyn, er erhalte für sein

dings dieses Gesetz, daß an sich der Verkäufer künftiger Früchte die Gefahr des Ausfalls nicht trage; weil sonst kein Versprechen darüber nöthig wäre. Allein darüber ist auch gar kein Streit. Die Gefahr trägt freylich in jedem Fall der Käufer, wenn sie der Verkäufer nicht vertragsweise übernommen hat, daher ersterer auch beym Mißwachs keine Vergütung verlangen kann. Allein daß der Käufer solcher Früchte sein Geld einbüße, wenn aus den Früchten gar nichts geworden, läßt sich aus dem Gesetz nicht schließen. Vielmehr hat Noodt in Probabil. Lib. III. cap. 11. nicht ohne Grund erinnert, daß in dem Falle des Gesetzes der Schnee die Früchte nicht eigentlich verdorben hatte, sondern dieß nur ein Vorgeben des Käufers gewesen, nach dessen Wunsch die Erndte überhaupt nicht ausgefallen war. Uebrigens ist selbst die Leseart des Gesetzes nicht außer Zweifel. Man vergleiche nur Salmasius Observat. ad ius Attic. cap. 24. Heraldus Animadversion. in Salmasium Lib. I. cap. 15. Ebenderselbe in Observat. et Emendation. libr. cap. 30. (Tom. II. *Thes. Ottonian.* pag. 1350.) und *Christfr.* Waechtler in Notis ad *Noodt* probabil. *Vitemb.* 1681. pag. 122. (*Opuscul.* pag. 332. sq.)

Geld etwas oder nichts. Denn dafür hat er auch die Hoffnung, einen viel größern Gewinn zu ziehen, wenn ihm der Himmel günstig ist. Im letzten Falle hingegen darf der Käufer nicht die geringste Einbuße leiden, weil er hier keine Aussicht zu einem besondern Gewinn hat. Er bezahlt also nichts oder weniger, wenn er an den Früchten nichts oder weniger erhält, als ihm versprochen worden[12]). Z. B.

12) Von einem solchen Fall verstehe man insgemein die *L.* 39. §. 1. *D. de contrah. Emt. Vendit.* wo es heißt: **Verisimile est, eum, qui fructum olivae pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset, usque ad decem pondo olei. Idcirco solis quinque collectis, non amplius emtor petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent: a plerisque responsum est.** Man sehe Coccеji **Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 6. nr. 3.** Westphal in der angef. Abhandlung §. 5. Not. 6. auch Ebenderselbe in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 60. und 61. und **Pothier in Pandectis Iustinian Tom. I. Tit. de pactis Nr. LXXI. Not. c. et d.** welcher letztere glaubt, daß statt *emtor petere potest*, gelesen werden müsse: **ab emtore petere potest.** Allein in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, hatte der Käufer bey dem Besitzer des Olivengartens keinesweges gerade zehn Pfund Baumöl bestellt und behandelt, sondern demselben seine hangende Olivenfrucht überhaupt abgekauft. Der Verkäufer schätzte sie auf zehn Pfund Oel, die ohngefähr aus den Oliven gepreßt werden könnten, und bestimmte darnach den Kaufpreis. Der Käufer ließ sich das gefallen. Nun entstand die Frage, wenn nur fünf Pfund Baumöl gewonnen worden wären, ob der Käufer mehr verlangen könne, oder sich mit dem, was gewachsen, für sein Geld begnügen müsse? Es gehet dieß offenbar darauf, wer den Schaden zu tragen habe? Denn hätte der Käufer nun auch nur für fünf Pfund Oel bezahlen dürfen, so

Wenn ich 20 Eimer Wein bey dem Besitzer eines Weinbergs bestellet, und um einen gewissen Preis behandelt habe, die

wäre die ganze Frage lächerlich, ob der Käufer mehr verlangen könne, als gewachsen. Das Gesetz entscheidet nun für den Verkäufer, dieser brauche nicht mehr, als die fünf Pfund Baumöl zu liefern, der Käufer müsse sich damit begnügen. Denn da jener den Kaufpreis darnach bestimmt hatte, was dem Ansehen nach aus den hangenden Oliven gepreßt werden möchte, so stand er nicht dafür, wenn auch nicht gerade soviel Oel daraus geschlagen werden könnte. Der Käufer hätte einmal das Risico übernommen. Es bestätigt also dieses Gesetz vielmehr die vorgetragene Theorie von der conventione rei speratae. Uebrigens hat dieses Gesetz am besten erklärt *Zach.* Huber in Diss. qua exponuntur et illustrantur duo loca Iuliani difficiliora sub titulis Pandectar. de contrahenda Emt. et Venditione ac Locato et Conducto. Cap. II. (in eius *Dissertat. iurid. et philolog.* Part. II. *Franequerae* 1706. pag. 340. sqq.) Dieser bemerkt ganz richtig, daß die Worte *stipulatus est* auf *pretium* zu ziehen, und folgendermaßen zu lesen sey: et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium, so daß also der Sinn dieser Worte sey, der Verkäufer habe sich den Preis von zehn Pfund Baumöl versprechen lassen. Diese Erklärung ist darum billig vorzuziehen, weil man sonst die Worte *stipulatus est* für promisit erklären müßte, wie Westphal in der angef. Abhandlung §. 5. Not. 6. gethan, welches aber ungewöhnlich ist, da es vielmehr in unsern Gesetzen active für acceptare gebraucht wird. Anton Faber in Rational. in h. L. will zu mehrerer Deutlichkeit bey *decem pondo* noch pro vorgesetzt haben, weil der Verkäufer sich für 10 Pfund den Werth versprechen lassen. Allein dieses ist unnöthig, der Verkäufer hatte die Olivenfrucht überhaupt auf 10 Pfund taxirt. Die Worte: *quod natum esset*, gehen auf das ganze Gewächs. Es ist also unrichtig, wenn Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 61. sie so erklärt, als ob der

mir derselbe bey der nächstkünftigen Weinlese aus dem Gewächs seines Weinberges ablassen soll, so übernehme ich käne Gefahr. Ich bezahle für die behandelte Quantität das versprochene Geld, wenn sie mir geliefert wird. Ist also nicht so viel gewachsen, als ich behandelt habe, so bezahle ich nur für das, was da ist, und, wenn gar nichts gewachsen, bezahle ich auch nichts.

§. 304.

Der Gegenstand des Vertrags muß II) in der Gewalt der Paciscenten und III) keinem gesetzlichen Verbot zuwider seyn.

Zur Gültigkeit eines Vertrags wird **II**) erfordert, daß derselbe ein solcher sey, worüber die Paciscenten disponiren können. Hieraus folgt **1**) daß über fremde Sachen, ohne Einwilligung des Eigenthümers, zu desselben Nachtheil, kein gültiger Vertrag geschlossen werden kann[13]). Dem Eigenthümer bleibt sein Recht ungekränkt, und er kann solches mittelst der Vindicationsklage wider jeden Besitzer geltend machen[14]), so lang solches durch Ver-

Käufer von des Verkäufers Olivenfrüchten 10 Pfund Oel bestellet habe. Nach pretium ist ein Comma zu machen, und statt *constituisse*, id constituisse zu lesen. Endlich bey den Worten *a plerisque responsum est*, muß man sich die Particul ut hinzudenken; wie auch schon *Guil.* Best de ratione emendandi Leges Cap. XVI. §. 2. bemerkt hat.

13) *L. fin. Cod. de pact.* — Cum in alienis rebus contra voluntatem domini aliquid fieri vel pacisci, secta temporum nostrorum non patiatur.

14) Quia, invitis nobis, res nostras alius retinere non debeat, sagt Paulus *L.* 25. §. 1. *D. Soluto matrim.* Man ver-

jährung noch nicht erloschen ist [15]). Ob aber der Vertrag nicht wenigstens unter den Paciscenten verbindlich sey? ist eine Frage, welche in der Regel allerdings zu bejahen ist [16]). Schon das Vernunftrecht überzeugt uns hiervon. Denn kann gleich der Dritte, über dessen Sache ohne seine Einwilligung paciscirt worden ist, nicht darunter leiden, so ist doch auch kein Grund vorhanden, warum die von andern sich gegenseitig darüber gethanen Versprechungen, so gut als nicht geschehen, angesehen werden sollten. Eben dieses lehren aber auch die gemeinen bürgerlichen Rechte, nach welchen, in sofern blos von den Verbindlichkeiten der Contrahenten unter sich die Rede ist, fremde Sachen, auch ohne Einwilligung des Eigenthümers, verkauft, verpfändet, vermiethet, verborgt, zum Heyrathsgut u. d. ohne allen Zweifel gegeben werden können [17]). Der Empfänger muß die ihm geliehene, oder verpfändete, oder vermiethete Sache nach geendigtem Contract demjenigen, von dem er sie erhielt, zurückgeben, nicht anders, als ob sie desselben Eigenthum wäre, und kann sich nicht mit der Einrede schützen, daß die Sache einem andern zugehöre [18]). Bey einigen

gleiche auch *L.* 28. *D. de contrah. Emt.* *L.* 26. §. 2. *D. de pignor. et hyp.* *L.* 5. *et* 6. *C. de reb. alienis non alienand.*

15) *L.* 4. *Cod. de rei vindicat.*

16) *Pet.* Faber in Semestrium Lib. II. cap. 17. et 18. pag. 274. seqq. Horn Diss. de iure circa rem alienam singulari.

17) *L.* 28. *D. de contrah. emt.* *L.* 9. *pr. et* *L.* 16. *D. de pign. act.* *L.* 15. *D. commodati* *L.* 7. *L.* 9. *princ. et* §. *ult. D. locati.* *L.* 11. *D. Soluto matrim.*

18) *L.* 9. §. 4. *L.* 22. §. 2. *D. de pignorat. act.* *L.* 16. *D. commod.* *L.* 11. *D. Soluto matrim.*

Real-Contracten, wodurch ein Eigenthum übertragen werden soll, erfordern zwar die Gesetze zur Gültigkeit derselben, daß derjenige, welcher den Contract durch die Uebergabe zur Perfection bringt, Eigenthümer der Sache sey. Dahin gehört z. E. Darlehn und Tausch-Contract. Wer nämlich dem andern fremdes Geld borgt, kann zwar dadurch ein Recht erhalten, solches zu seiner Zeit wieder zu fordern, hingegen auch verbindlich werden, dem Empfänger das Geld so lange zu lassen, bis die bestimmte Zeit verstrichen ist. Allein ein eigentliches Darlehn nehmen dennoch die Gesetze in diesem Falle nicht an, denn dazu ist das wirkliche Eigenthum des Geldes auf Seiten des Darleihers, und die Erwerbung desselben von Seiten des Empfängers schlechterdings nothwendig[19]). Es findet daher auch bey Ausleihung fremder Gelder actio mutui nicht Statt, sondern nur ein condictio[20]), und zwar, wie Noodt[21]) dafür hält, die condictio sine causa. Ferner, wenn bey einem Tausche derjenige, welcher den Contract zuerst erfüllet hat, eine ihm nicht eigene Sache dem andern Theile gegeben, so ist der ganze Tauschcontract nichtig[22]). Es kann zwar

19) *L.* 2. §. 4. *D. de Reb. Credit.* In mutui datione oportet *dominum* esse dantem. *L.* 13. *pr. D. eodem.* Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, *accipientis non facit;* sed, consumtis eis, nascitur *condictio.*

20) *L.* 12. *in fin. L.* 13. *pr. et* §. 1. *L.* 19. §. 1. *in fin. D. de reb. credit.*

21) in Commentar. ad Pandect. Tit. de Reb. credit. Tom. II. *Operum* pag. 273.

22) *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. de Rerum permutat.* Permutatio ex re tradita initium obligationi praebet. Ideoque Pedius ait, *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Ein an-

der Empfänger nach geschehener Entwährung entweder das Seinige zurück fordern, oder der Schadloshaltung wegen klagen, allein die Klage ist hier nicht die **actio praescriptis verbis**, sondern die **actio doli** oder **actio in factum**, je nachdem der Gegentheil entweder gewußt, daß die Sache, die er dem andern in Tausch gegeben, eine fremde sey, oder nicht [23]). Allein es sind dieß, wie ein berühmter Rechtsgelehrter schon richtig bemerkt hat [24]), römische Spitzfindigkeiten, die heutiges Tages keinen Gebrauch haben. Denn wenn bey Verborgung fremder Gelder eben das Rechtens ist, was beym Darlehn der eigenen gilt, so ist es eine bloße Wortklauberey, daß man dieselbe kein Darlehn nennt, und statt der **condictio ex mutuo** die **condictionem sine causa** gibt. Daß ferner ein ungenannter Contract erst durch die Uebergabe von Seiten des einen Contrahenten seine Verbindlichkeit erhält, ist blos

ders ist, wenn derjenige, welcher den Contract zuerst erfüllet hat, eine ihm wirklich zugehörige Sache in Tausch gegeben, und nur die Sache des andern Theils, der mit der Erfüllung nachgefolget, entwähret worden. Denn hier war der ungenannte Contract schon vor dieser letzten Erfüllung vorhanden, sie war also zur Vollkommenheit und Gültigkeit des Contracts nicht nothwendig, und folglich auch gleichviel, ob sie rechtsbeständig oder nicht, mit eigenen oder fremden Sachen geschehen. Hier konnte also der Contrahent, der die Eviction erlitten, seiner Schadloshaltung wegen actionem praescriptis verbis anstellen.

23) *L.* 1. §. 1. *D. eodem.* *L.* 5. §. 2. *in fin. D. de praescript.* verbis. *L.* 29. *Cod. de Eviction.*

24) Ernst Christ. Westphal in der rechtlichen Abhandlung von Verpfändung fremder Güter. Halle 1779. 4. §. 2.

römisch[25]), und paßt auf Teutschland nicht, wo alle billige Verabredungen an sich verbindlich sind. Daher auch die daher geleiteten Folgen in unsern Gerichten wegfallen müssen. In Teutschland also ist der Satz ganz ohne Ausnahme wahr, daß ein Vertrag über fremde Sachen, wenigstens in Absicht des Paciscenten unter sich, eben so gültig sey, als wenn derselbe über eigene Sachen wäre geschlossen worden. Nur fragt es sich, ob nicht von Seiten desjenigen, der aus dem Vertrage klagen will, erfordert werde, daß er in bona fide seyn, und also von dem Eigenthumsrecht des Dritten nichts gewußt haben müsse? Hellfeld unterscheidet, ob der Vertrag bedingt und auf den Fall sey verabredet worden, da derjenige, welcher die fremde Sache versprochen hat, noch selbst das Eigenthum davon erwerben würde, oder ob er unbedingt geschlossen worden sey. Im erstern Falle sey der Vertrag gültig, wenn auch beyde Theile wissen, daß sie über eine fremde Sache pacisciret haben. Im letzten Fall aber sey der Vertrag ungültig, wenn derjenige, welcher daraus klagen will, gewußt, daß die versprochene Sache einem Dritten zugehöre, und dieser in den Vertrag nicht gewilliget habe. Allein die Gesetze geben zuweilen auch demjenigen eine Klage aus dem Vertrage, welcher in mala fide

25) Schon verschiedene römische Juristen waren der Meinung, daß, wenn bey einem ungenannten Contract die Sache desjenigen, welcher mit Erfüllung desselben den Anfang gemacht, entwähret worden, der Schadloshaltung wegen die actio praescriptis verbis Statt finde. Dieses behauptete z. B. Maurician, dem auch Ulpian beytritt *L.* 7. §. 2. *D. de pact.* Man vergleiche über diese Stelle Noodt de pactis cap. 9. und *van* Wachendorff Dissertat. de pactis nudis Cap. II. §. 7. in *Dissertation. Triade* pag. 500. sqq.

ist. Man unterscheide also vielmehr, ob die Rede ist von der Zurückgabe der fremden Sache, welche dem Empfänger derselben nach geendigtem Contract obliegt, oder von der Verbindlichkeit zur Uebergabe, oder endlich von der Verbindlichkeit zur Schadloshaltung im Falle einer erfolgten Entwährung. Im erstern Falle stehet auch sogar dem Diebe die Contractsklage zu[26]), allein im andern Falle kommt es darauf an, ob der Vertrag unter der Bedingung des noch zu erwerbenden Eigenthums geschlossen worden ist, oder unbedingt, im ersten Fall kann der Promissar, wenn diese Bedingung eingetreten, auf die Erfüllung des Versprechens durch die Uebergabe der Sache klagen; im andern Falle hingegen kann der Promissar den Promittenten darauf, daß er ihm die versprochene Sache tradire oder das Interesse leiste, anders nicht belangen, als wenn derselbe zur Zeit des geschlossenen Vertrags in **bona fide** gewesen ist[27]); und eben dieses wird auch in dem dritten Falle erfordert, wenn wegen der Entwährung eine Entschädigungsklage Statt finden soll[28]).

26) *L.* 16. *D. Commodati.* Ita ut, etsi *fur* vel *praedo* commodaverit, habeat *commodati actionem.* — *L.* 22. §. 2. *D. de pignor. action.* Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneratitia actio. — *L.* 1. §. 39. *D. depositi.* Si *praedo* vel *fur* deposuerit, et hos MARCELLUS *lib.* 6. *Digestorum* putat recte *depositi acturos*: nam interest eorum, eo quod teneantur.

27) *L.* 34. § 3. *D. de contrah. emt. L.* 30. §. 1. *D. de act. Emti Venditi.*

28) *L.* 16. §. 1. *in fin. D. de pignerat. act. L.* 27. *Cod. de Eviction. L. ult. Cod. de commun. rerum alienat.*

2) Kann man auch über das Factum eines andern nicht paciscieren, über den man keine Gewalt hat[29]). Daß ein solcher Vertrag dem Dritten nicht präjudicire, dessen Person er betrifft, ist außer Zweifel[30]). Allein es fragt sich, ob das Versprechen, daß ein Dritter etwas thun oder geben solle, nicht wenigstens in Ansehung des Promittenten verbindlich sey? Die römischen Gesetze entscheiden diese Frage nach der Natur der Stipulationen verneinend[31]). Denn diese wurden mit feierlichen Worten geschlossen, und auf diese Förmlichkeit beschränkte sich ihre ganze Rechtswirkung. Da also kein Dritter, welcher zur feierlichen Handlung selbst nicht mit concurrirt hatte, daraus verbindlich werden konnte, so konnte ein fremdes Factum um so weniger der Gegenstand einer Stipulation seyn, je ungereimter überhaupt das Versprechen: Titius soll dir etwas leisten, zu seyn scheinet, wenn man bey den Worten stehen bleibt[32]). Jedoch hatte diese Regel ihre Ausnah-

29) *L.* 65. *D. de Fideiussorib.* — Factum alienum inutiliter promittitur. Man vergleiche über dieses Gesetz *Ios.* Finestres in Hermogeniano Tom. II. pag. 962. sqq.

30) Naturalis simul et civilis ratio suadet, sagt *L.* 39. *D. de Negot. gestis*, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse. S. *Fratr.* Becmannorum Consilia et Decisiones P. I. Decis. 24.

31) §. 3. *I. de inutil. stipulat.* Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur: veluti si spondeat; *Titium quinque aureos daturum. L.* 38. *pr. de Verbor. Obligat.* Nemo autem, alienum factum promittendo, obligatur.

32) *L.* 83. *pr. D. de Verb. Obligat.* Inter stipulantem enim et promittentem negotium totum contrahitur: itaque alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur.

men, wenn die Stipulation über das fremde Factum zugleich ein eigenes Factum des Promittenten enthielt. Denn so galt a) das Versprechen: man wolle dafür sorgen, oder dazu behülflich seyn, oder es dahin bringen, daß ein Dritter etwas thue oder gebe[33]). b) Manche Stipulationen, welche auf ein factum alienum sich beziehen, waren schon ihrer Natur nach so beschaffen, daß der Promissar sich möglichst bemühen mußte, den Dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, wenn er dieses gleich nicht ausdrücklich versprochen hatte, weil er im Contraventionsfalle das Interesse prästiren mußte. Von dieser Art waren die Stipulationes, alium iudicio sisti und rem ratam dominum habiturum[34]). c) Wenn der Promittent sich zu

Nam de se quemque promittere oportet. Add. *L.* 11. *D. de obligat. et action.* Diesen ist auch die *L.* 5. *D. de duobus reis* nicht entgegen, wo Julian sagt: Nemo est, qui nesciat, *alienas operas* promitti posse, et fideiussorem adhiberi in ea obligatione. Denn Julian handelt *Lib.* 22. *Digestor.* aus denen die L. 5. genommen ist, von den operis officialibus libertorum, diese konnte Niemand als der Patron von dem Freygelassenen fordern, andere Dienste aber, nämlich operas fabriles, pictorias etc. also Kunst- und Handwerksdienste konnte der Freygelassene auch anderen versprechen. *Operae alienae* sind also hier keine fremde facta; sondern *operae aliae*, quam officiales, wie das Wort *alienus* für alius auch in andern Stellen der Pandecten gebraucht wird, als *L.* 9. *L.* 27. *D. de oper. libertor. L.* 3. *D. de rei vindicat.* S. Cujacius lib. V. Observation. cap. 35. et ad Lib. 22. Digestor. Iuliani d. L. 5. Finestres in Hermogeniano cit. loc. §. 2. pag. 963.

33) §. 3. *I. de inutil. stipulat.*

34) *L.* 38. §. 24. *L.* 81. *pr. D. de Verbor. obligat. L.* 18. *et* 19. *D. Rem. rat. haberi.*

einer Geldstrafe oder zur Leistung des Interesse ausdrücklich verbindlich gemacht hatte, falls das Factum des Dritten nicht geleistet werden würde [35]). Endlich d) wenn das fremde Factum blos auf die Erfüllung desjenigen ging, wozu der Promittent schon selbst verbunden war; z. E. der Schuldner versprach dem Gläubiger, daß ein Dritter für die Schuld Bürgschaft leisten solle. Dieses Versprechen, wenn es auch mit bloßen Worten, ohne eine förmliche Stipulation geschehen, hatte doch auf jeden Fall die Wirkung eines Constitutums [36]). Allein auch dieses sind Subtilitäten des römischen Rechts, die heutiges Tages, da wir die Verträge nicht mehr mit feyerlichen Worten schließen, folglich auch nicht nach den Worten, sondern nach der Billigkeit und der Absicht der Paciscenten erklären, keine Anwendung mehr finden. Wenn daher heut zu Tage Jemand dem andern verspricht, daß ihm ein Dritter etwas leisten solle, so verstehet man ein solches Versprechen so, daß der Promittent sich wenigstens alle Mühe geben müsse, den Dritten zu der versprochenen Präſtation zu bringen [37]). Ob indessen der Promittent, wenn seine Mühe vergeblich gewesen, von seiner Verbindlichkeit frey, oder nicht vielmehr dem Promissar das Interesse zu leisten schuldig sey? ist eine

35) §. 21. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 38. §. 2. *D. de Verb. obligat.*

36) *L.* 14. §. 2. *de pecunia constit.*

37) S. Vinnius in Comment. ad §. 3. I. de inutil. stipulat. nr. 3. in fin. Voet Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLV. Tit. I. §. 5. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 737. Müller Observat. pract. ad Leyserum Tom. V. Fasc. II. Obs. 864. Anderer Meinung sind jedoch Stryck Us. Mod. Pandectar. Lib. XLV. Tit. I. §. 2. und Pufendorf in Animadvers. iuris Animadv. 61. §. 5.

Frage, worüber unter den practischen Rechtsgelehrten sehr gestritten wird. Wernher[38]) behauptet, der Promittent thue seinem Versprechen ein Genüge, wenn er, so viel an ihm ist, allen Fleiß zur Bewerkstelligung dessen, wozu er sich verbunden hat, anwendet, für den widrigen Erfolg aber dürfe er nicht haften. Vinnius[39]) hingegen, und Bardili[40]) glauben, daß der Promittent, im Fall der Dritte zu der verabredeten Prästation nicht zu bewegen gewesen, zur Leistung des Interesse verbunden sey. Nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten unterscheidet man, ob Promittent blos versprochen, er wolle dafür sorgen und sich alle Mühe geben, daß ein Dritter etwas thue; oder ob er versprochen, es dahin zu bringen, daß der Dritte dem Promissar dasjenige leiste, was derselbe verlangt. Im erstern Falle sey der Promittent von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er das Seinige gethan, gesetzt auch, daß seine Mühe vergeblich gewesen. Im letzteren Falle aber müsse derselbe das Interesse leisten[41]). Die richtigste Mei-

38) Select. Observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 311. Eben so auch BROKES in Select. Observat. for. Obs. 39.

39) cit. loc. nr. 2. et 3.

40) in Tract. de obligatione faciendi. (*Tubingae* 1749.) §. 82.

41) COTHMANNUS Consil. Vol. V. Resp. 50. WESENBECIUS Vol. IV. Consil. 177. nr. 17. et Consil. 189. BACHOVIUS ad TREUTLERUM Vol. II. Disput. XXVII. Th. 2. lit. G. MEVIUS Tom. II. Part. VI. Decis. 406. Part. VIII. Decis. 33. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXI. medit. 9. et 10. PUFENDORF cit. Animadvers. §. 2. et 3. *Fratres* BECMANNI in Consil. et Decision. Part. I. Decis. 24. u. a. m.

nung hat unstreitig Herr[42]). Dieser distinguirt, ob das Versprechen, daß ein Dritter etwas leisten solle, auf eine solche Art geschehen, daß es eine Intercession enthält, oder nicht. Im ersten Fall ist freylich der Promittent zur Leistung der Interesse verbunden, wenn er gleich seiner Seits alles gethan, um den Dritten zur versprochenen Prästation zu bringen. Es kommt hier auf die Worte und die Natur des Geschäfts an, bey welchen ein solches Versprechen geschehen ist. Z. B. wenn ein gerichtlicher Anwald, der mit keiner ordentlichen Vollmacht versehen war, sich verbindlich gemacht hat, dafür zu stehen, daß sein Principal alles, was er in seinem Namen thut, genehmigen werde, und es erfolgt hernach des Principals Genehmigung nicht, so muß er dem Gegentheil alle Schäden und Kosten ersetzen[43]). Im andern Falle ist darauf zu sehen, ob der Promittent den Werth oder die Valuta desjenigen erhalten, was der Dritte leisten soll, oder nicht. Im ersten Falle muß Promittent für den Erfolg seines Versprechens von Seiten des Dritten schlechterdings haften, und auch der möglichste Fleiß, den er seiner Seits angewendet hat, kann ihn von dieser Verbindlichkeit nicht befreyen. Dieß ist der Fall beym trassirten Wechselgeschäft, ferner bey Cessionen, wenn Cedent dem Cessionar ausdrücklich versprochen, dafür zu sorgen, daß der Schuldner zur gehörigen Zeit Zahlung leisten

42) **in Diss. de obligatione alium daturum facturumve. Sect. I. §. 8. sqq. (Vol. I.** ***Opusculor.*** **Tom. III. pag. 370. sqq.) Diesem stimmen auch** ***Ev.*** **Otto in Comment. ad §. 3. I. de inutil. stipulat. Höpfner a. a. O. und Müller loc. cit. bey.**

43) ***L. 13. L. 19. D. rem rat. haberi.***

solle[44]). Im letztern Falle hingegen hat sich der Promittent entweder zur Leistung des Interesse ausdrücklich verbindlich gemacht, oder nicht. In diesem Falle ist der Promittent nur zum möglichsten Fleiß verbunden, hat er diesen, wenn gleich vergeblich, angewendet, so ist er von seinem Versprechen frey[45]). Denn im Zweifel muß man immer die billigere Erklärung Statt finden lassen, weil eine Intercession nicht vermuthet wird; zumal wenn das Versprechen blos aus Freundschaft für den Promissar, oder von Amtswegen geschehen wäre[46]). Uebrigens kann der Vertrag zuweilen auch in Ansehung des Dritten verbindlich werden, über dessen Sachen oder Handlungen paciscirt worden ist: nämlich wenn der Dritte den Vertrag genehmiget[47]), oder derselbe des Promittenten Erbe geworden ist[48]).

D 2

44) *Cedens enim nomen cum promisso curandi, ut cessionarius debito potiatur, non tantum tempore cessionis bonitatem eius, sed et exactionem ideo et casum praestare tenetur*, sagt MEVIUS P. III. Decis. 206.

45) Z. E. wenn mir Jemand eine fremde Sache verpfändet und versprochen hat, dafür zu sorgen, daß der Eigenthümer die Verpfändung genehmige. S. GMELIN Comment. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 51. pag. 182.

46) S. MEVIUS Part. VIII. Decis. 33. LEYSER Spec. DXXI. medit. 11.

47) *L.* 20. *pr. D. de pign. act.* Die Wirkung einer solchen ohne Einschränkung erfolgten Genehmigung des Eigenthümers erstreckt sich zwar der Regel nach bis auf die Zeit des eingegangenen Vertrags zurück; *L.* 16. §. 1. *L.* 21. *pr. D. de pign. et hypoth. L.* 6. §. 9. *D. de negot. gestis. L. fin. Cod. ad*

Endlich 3) sind auch diejenigen Verträge ungültig und unverbindlich, die wider das Verbot eines Gesetzes geschlossen worden sind [49]). Es folgt zwar nicht, daß eine Verabredung darum gleich ungültig sey, weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen der Gesetze nicht übereinkommt. Denn oft haben die Gesetze in den Angelegenheiten des Pri-

SCtum Macedon. *Aemil. Lud.* Hombergk zu Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. (*Marburg* 1745.) Cap. I. §. 40. Es darf jedoch diese Ratihabition nicht zum Präjudiz eines Dritten gereichen, der unterdessen, und ehe sie noch erfolgte, ein Recht auf der Sache erworben hat. *L.* 24. *pr. D. rem rat. haberi.* Sie kann also nur insofern retrotrahirt werden, als die Sache zur Zeit der Ratihabition noch in dem Zustande ist, in welchem sie zur Zeit des geschlossenen Vertrags war, welches Gmelin in der angef. Abhandl. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 46. mit merkwürdigen Beyspielen erläutert.

48) *L.* 2. §. 5. *L.* 4. *L.* 38. *pr. et* §. 1. *et L.* 38. *pr. D. de Verb. Obligat. L.* 22. *D. de pignor. et hypoth.* Finestres in Hermogeniano Tom. II. pag. 965. und Gmelin cit. Commentar. §. 57. Diesen ist auch die *L.* 41. *D. de pign. act.* nicht entgegen, denn dieses Gesetz redet von der hypothekarischen Klage, welche sich auf gültiges Pfandrecht gründet, nicht aber von der actione pignoratitia contraria, welche aus dem Pfandcontract wider den Eigenthümer, als Erben des Verpfänders, allerdings angestellet werden kann. S. Westphal von Verpfändung fremder Güter §. 11. Ein Mehreres davon §. 1091.

49) *L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet. Man vergleiche über diese Stelle *Io. Guil.* Marckart Interpretat. receptar. lection. cap. 20. p. 299. Cujacius lib. I. Observat. c. 24. und besonders Sammlung der röm. Gesetze (Frkft. u. Leipzig 1785.) S. 29.

vatverkehrs nur darum gewisse Regeln festgesetzt, damit dasjenige, was die Contrahenten selbst nicht regulirt haben, nicht ganz ohne gewisse Vorschrift dem Gutbefinden der Gerichte überlassen bleiben möge. Hier hängt es von der freien Willkühr der Partheyen ab, ob sie es bey den gesetzlichen Vorschriften lassen, oder die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer Rechtsgeschäfte durch besondere Verträge selbst bestimmen wollen. Niemand wird dergleichen Verabredungen für unkräftig halten, wenn sie gleich von der Vorschrift der Gesetze abweichen; es wird vielmehr die Regel eintreten **pacta dant legem contractui**, welche selbst das römische Recht gibt[50]), ob es gleich bey Schließung der Verträge der natürlichen Freyheit mehrere Einschränkungen setzt, als wir nach unserer heutigen Verfassung annehmen dürfen. Allein, wenn aus einer positiven Vorschrift die Absicht der Gesetzgebung deutlich erhellet, daß dadurch den Privatverfügungen gewisse Gränzen gesetzt werden sollen, wenn schlechterdings gebietende oder verbietende Gesetze die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit gewisser Privatverträge bestimmen; so hat es kein Bedenken, daß die Gültigkeit der letzteren, und mit derselben ihre gerichtliche Wirksamkeit von der Uebereinkunft mit den Vorschriften der Gesetzgebung abhängt[51]). In diesem Falle heißt es, wie Papinian[52]) sagt: **Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.** Daher kann z. B. durch kein Pactum

50) *L.* 23. *et* 27. *D. de Reg. iur.* *L.* 7. *D. de pact.* *L.* 1. *D. depositi.*

51) Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 80.

52) *L.* 38. *D. h. t.*

ausbedungen werden, daß mir der andere, mit dem ich einen Contract zu schließen willens bin, den **dolum** nicht prästiren solle, den er etwa gegen mich begehen würde[53]). Eben so unerlaubt, sagt Paulus[54]), ist auch der Vertrag, wenn ich dir versprechen wollte, auf den Fall, daß du mich bestehlen, mich injuriiren würdest, keine Diebstahls- keine Injurienklage anzustellen. Denn ein solcher Vertrag würde Gelegenheit geben, Verbrechen zu begehen, welche die Gesetze doch verhüten wollen. Ein anders wäre, setzt Paulus hinzu, wenn Jemand diese Verbrechen schon gegen mich begangen hätte; dann kann ich ein solches **pactum** wohl mit ihm eingehen. Nach römischen Rechten gelten auch die Erbverträge nicht, wenn die Rede von der Erbschaft der Paciscenten oder eines Dritten ist, der nicht in den Vertrag gewilliget hat[55]). Denn eines Theils besorgte man von der unwiderruflichen Verbindlichkeit solcher Verträge lebensgefährliche Folgen für den Erblasser, und hielt sie deßhalb für unsittlich[56]); andern Theils wollte man auch nicht, daß die Freiheit, ein Testament zu machen, welche man für das edelste Kleinod des römischen Bürgerrechts hielt, auf irgend eine Art eingeschränkt werden sollte[57]): nicht zu gedenken, daß man von den frühesten Zeiten her bey den Römern alle Erbfolge als eine Staatssache zu be-

53) *L.* 27. §. 3. *in fin. D. h. t.*

54) §. 4. *L. cit.* 27. *h. t.*

55) *L.* 19. *L.* 30. *Cod. h. t.* Voet ad Dig. t. h. §. 16. et 17.

56) *L.* 2. §. 2. *D. de vulg. et pup. substit.* *L.* 27. §. 4. *D. ad SCt. Trebell.* *L. fin. C. de pact.* *L.* 4. *Cod. de inutil. stipulat.*

57) *L.* 15. *Cod. de pact.* *L.* 52. §. 9. *D. pro socio.*

trachten gewohnt war, welche kein Gegenstand der Privatverträge seyn konnte [58]). Es stehen indessen diese Gründe, nach der richtigern Meinung der heutigen Rechtsgelehrten [59]), der Gültigkeit der Erbverträge in Teutschland nicht mehr entgegen [60]). So lehrt ferner Julian [61]), daß man auf das Agnationsrecht durch ein pactum eben so wenig Verzicht leisten, als man gültig paciscciren könne, daß man kein suus heres seyn wolle [62]). Von andern verbotenen Ver-

58) Successio est iuris publici. *L.* 3. *D. qui testam. fac. poss. L. ult. D. de suis et legit. hered. L.* 15. §. 1. *D. ad L. Falcid.*

59) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 737. Rundens Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 660.

60) Cocceji in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 34. ist zwar anderer Meinung; allein Hr. Prof. Emminghaus Not. o. pag. 253. hat ihn gründlich widerlegt. S. auch Hebentreit Vindiciae veri valoris pactor. successoriorum. *Erf.* 1768.

61) *L.* 34. *D. h. t.*

62) Die Worte: non magis, quam ut quis dicat, nolle suum esse, in der angeführten *L.* 34. *h. t.* sind streitig: Cujaz erklärt das Wort *suum* vom Eigenthumsrecht, und meint: nolle suum esse, heiße soviel, als man wolle, daß etwas nicht unser Eigenthum sey. Allein dann hätte Modestin wohl sagen müssen: *nolle quid suum esse.* Die Worte gehen also vielmehr auf das ius suitatis, oder ius sui heredis, welches durch bloßen Vertrag nicht aufgehoben werden kann. So erklären sie *Ant.* Faber in Rational. h. L. *Ed.* Caldera de Errorib. Pragmaticor. Lib. III. cap. 7. (*Thes. Meermann.* T. III. pag. 578.) und Pothier in Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XLI. Not. c. pag. 77.

trägen, z. B. dem commissorischen Vertrage bey Verpfändungen, dem pacto de quota litis, ferner dem pacto dotali, wodurch die Condition des Brautschatzes der Ehefrau verschlimmert wird u. s. w., wird am gehörigen Orte gehandelt werden.

§. 305.

Von den mancherley Bestimmungen der Verträge.

Bey den Verträgen müssen dreyerley Bestimmungen unterschieden werden. 1) Wesentliche (**Essentialia**), welche den Begriff eines Vertrags ausmachen, und die daher so nothwendig erfordert werden, daß ohne dieselben der Vertrag nicht der seyn kann, welcher er seyn soll. Z. E. unentgeldliche Verwahrung einer Sache beym Depositum, Waare und in einer bestimmten Summe Geldes bestehender Preis beym Kaufcontract. 2) Gesetzliche (**Naturalia**), welche bey einem Vertrage gewöhnlich sind, und daher rechtlich vermuthet werden; z. E. daß das Depositum in specie restituirt werden, ferner daß der Verkäufer die Gewähr, der Käufer aber gleich baare Bezahlung leisten muß. 3) Zufällige Bestimmungen, welche bey einem Vertrage nicht gewöhnlich sind, und daher auch anders nicht Statt finden, als wenn sie ausdrücklich sind ausbedungen worden. Z. B. wenn dem Depositar der Gebrauch der in Verwahrung gegebenen Sache gestattet wird; ferner wenn sich der Verkäufer den Vorkauf oder den Wiederkauf vorbehält. Wir bemerken dabey folgendes. I) Wesentliche Bestimmungen des Vertrags lassen sich durch Nebenverabredungen nicht abändern. Sind daher dergleichen Nebenverabredungen getroffen worden, welche dem Wesen des Hauptgeschäfts, wobey sie vorkommen, zuwider sind, so ist

entweder der ganze Handel nichtig, oder es wird dadurch wenigstens die Hauptsache dergestalt verändert, daß sie zu einer andern Art rechtlicher Geschäfte übergehet, oder der Nebenvertrag ist, wie die Gesetze in einigen Fällen verordnet haben, in Absicht auf die Hauptsache ohne alle rechtliche Wirkung, und so gut, als ob derselbe gar nicht wäre abgeredet worden[63]. II) **Naturalia pacti** können zwar von den Paciscenten durch Nebenverabredungen abgeändert werden, nur darf diese Veränderung nicht von der Art seyn, daß der wesentliche Zweck des eingegangenen Contracts dadurch aufgehoben wird. Z. E. wenn beym Pfandcontract verabredet würde, daß das Pfand nie veräußert werden dür-

63) Ich will hier zur Erläuterung vorjetzt nur auf Voet Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5. verweisen, denn ein Mehreres wird unten §. 311. in der Lehre de pactis adiectis vorkommen. Voet sagt nämlich a. a. O. Si pactum adiicitur ita, ut ipsam contractus subvertat substantiam, generali non potest definitione tradi, quid iuris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium, dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt. *L. 31. D. de obligat. et action.* quandoque, valente principali negotio, irritum est et inutile pactum adjectum, veluti *si id in deposito* aut precario actum fuerit, ne intra *certum tempus* rem depositam, precariove concessam repetere liceat; *L. 1. §. 45. et 46. D. depositi. L. 12. D. de precario;* quandoque ipsum immutatur principale negotium, sic ut ex vi pacti contra substantiam adiecti transeat in aliam negotii speciem; quod sit in emtione inita cum pacto de pretio non solvendo, quo casu donatio esse creditur; *L. ult. D. pro donato*, junct. *L. 36. et 38. D. de contrah. emt.* uti et in donatione mortis causa cum pacto, ut nullo casu revocetur; quippe quae ex tali adjectione perinde habenda est, ac alia quaevis inter vivos donatio. *L. 27. D. de mortis causa donat.*

se. Endlich III) Accidentalia pacti werden nie vermuthet, sondern entstehen, wenn die naturalia durch besondere Verabredungen der Paciscenten abgeändert worden sind. Sie müssen daher im Läugnungsfalle erwiesen werden[64]).

§. 306.

Unterschied zwischen den mancherley Arten der Verträge, insonderheit zwischen den pactis und contractibus nach der Lehre des röm. Rechts.

Nach dem römischen Rechts-System haben nicht alle Verträge dieselbe rechtliche Wirkung, sondern diese hängt von dem mannigfaltigen Unterschiede ab, welchen die Römer zwischen den verschiedenen Arten der Verträge machten. Das römische Recht unterscheidet nämlich zwischen **pactis affirmativis sive obligatoriis**, und **pactis negativis s. liberatoriis**, welche auch **pacta de non petendo** genannt werden, und theilt erstere wieder in **Contractus** und eigentliche **pacta**, letztere aber in **simple** (*pacta nuda*) und **klagbare Verträge** (*pacta non nuda*) ein[65]). Eine conventio heißt

64) Von den mancherley Bestimmungen der Verträge und ihrer Wirkung handeln ausführlich Averanius Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 12. und *Io.* D'Avezan Contractuum libr. I. cap. IV. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 12.)

65) Man vergleiche über diesen Gegenstand *Io.* D'Avezan Contractuum lib. I. cap. I. sqq. (*Thes. Meermann.* T. IV.) Noodt de pactis et transactionibus cap. 9. sqq *Marc. Aurel.* Galvanus de usufructu Cap. 16. et 17. *Corn. van* Bynckershoek Diss. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adjectis cap. 1. (*Lugd. Bat.* 1699.) *Guil.* Best Orat. de pactorum et contractuum sec. ius gent. et rom. natura et aequitate, bey desselben *Ratione emendandi leges.* Lips. 1745. p. 69. sqq. besonders

obligatoria oder *affirmativa*, wenn dadurch eine gewisse Forderung, eine Schuldverbindlichkeit begründet wird. Wenn hingegen durch den Vertrag eine vorhanden gewesene Schuldverbindlichkeit oder Forderung des Gläubigers aufgehoben wird, so wird ein solcher Vertrag *conventio liberatoria*, sive *negativa* sive *pactum de non petendo* genannt. Die Wirkung der negativen oder liberatorischen Conventionen ist nach dem römischen Rechte verschieden. Es kam nämlich darauf an, ob die Convention, wodurch die Schuld erlassen wurde, schon durch ein Civilgesetz bestätiget war, (conventio legitima)[66]) oder nicht (conventio nuda). Im ersteren Falle war die Forderung des Gläubigers durch das pactum ipso iure zernichtet, das heißt, die Klage ging durch das pactum dergestalt zu Grunde, daß der Beklagte nicht einmal nöthig hatte, die exceptionem pacti anzuführen[67]). Z. B. wenn ich dem Andern versprach, daß ich wegen der mir zugefügten Injurie, oder wegen des begangenen Diebstahls wider ihn nicht klagen wollte; so erklärten schon die zwölf Tafelgesetze diesen Vertrag für verbindlich, mein Recht zu klagen war also hier ipso iure zernichtet[68]). Im zwey-

aber Langsdorf cit. Tract. de pactis et contractibus Romanor. Sect. IV. §. 18. sqq.

66) *L.* 6. *D. h. t. Legitima conventio* est, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel *tollitur*, quoties Lege vel Senatusconsulto adiuvatur. S. Noodt de pact. et transact. cap. 13.

67) *L.* 17. §. 1. *L.* 27. §. 3. *D. h. t.* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. XV.

68) Die hierher gehörigen Stellen der Zwölftafelgesetze sind schon an einem andern Orte §. 287. Not. 27. S. 45. dieses vierten Theils erläutert worden.

ten Falle hingegen, da kein bürgerliches Gesetz der negativen Convention bestand, gab der Prätor dem Beklagten eine Exception, wodurch er sich gegen die Klage schützen konnte, wenn der Gläubiger dem Vertrage zuwider die erlassene Schuld dennoch forderte [69]). Was die pacta affirmativa s. obligatoria betrifft, so unterscheidet das römische Recht wieder zwischen Contracten und eigentlichen Verträgen. Contractus werden im eigentlichen Sinne des römischen Rechts diejenigen Verträge genannt, welchen schon nach den ältern und allgemeinen bürgerlichen Gesetzen ein rechtlicher Grund (*causa*, *συνάλλαγμα*) [70]) beygelegt war, weswegen sie eine Klage wirkten [71]). Alle

69) *L.* 17. §. 2. *D. h. t.* wo gesagt wird, daß, wenn dem Schuldner die Schuld durch einen bloßen Vertrag erlassen wird, auch die aus der Hypothek entstehende prätorische Klage durch eine Exception zu Grunde gehe. Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 16. et 17.

70) *L.* 7. §. 1. 2. *et* 4. *D. h. t.* Aus diesen Stellen erhellet, daß *causa* hier ein solcher rechtlicher Grund heißt, welcher machte, daß aus einer Convention schon von jeher nach allgemeinen Rechtsregeln geklagt werden konnte. Daher schränken diejenigen (z. E. *van* Wachendorff in Diss. de pactis nudis Cap. II. §. 7. Langsdorf cit. Tract. Sect. IV. §. 21.) den Begriff offenbar zu sehr ein, welche darunter blos die wirkliche Abgebung einer Sache, oder Leistung der versprochenen Handlung, mit welcher der Contract seinen Anfang nimmt, verstehen wollen. S. Hugo civilistisches Magazin 1. Band. 4. Heft S. 458.

71) Zuweilen wird jedoch das Wort *Contractus* von den römischen Rechtsgelehrten in einer uneigentlichen und so weitläufigen Bedeutung genommen, daß dadurch alle Arten verbindlicher Handlungen, selbst die unerlaubten mit eingeschlossen, bezeich-

übrige Conventionen hingegen, welche eine solche causam ex regulis generalibus iuris civilis obligatorum nicht hatten, hießen pacta im eigentlichen Verstande, und diese wirkten, wie Ulpian[72]) sagt, eigentlich keine obligationem, d. i. keine klagbare Verbindlichkeit, kein Recht zu klagen, wenn sie nicht entweder mit dem Contract sogleich verbunden, und demselben dergestalt einverleibt worden, daß sie einen Theil desselben ausmachten, oder durch den Prätor bestätigt, oder durch ein neueres Civilgesetz ausdrücklich für klagbar erklärt worden sind. Daher theilte man die eigentlichen Verträge wieder in pacta nuda und non nuda ein. Es ist schwer, solche wesentliche Kennzeichen von Contracten anzugeben, wodurch man solche von andern klagbaren pactis unterscheiden könnte, zumal wenn man sich von der causa civili einen solchen Begriff, wie unser Verfasser, macht, wenn dieser sagt: es sey ratio sufficiens a lege approbata, ob quam conventio actionem producit. Es ist daher schon von andern bemerkt worden, daß der Begriff von einem Contract ganz historisch sey,

net werden. So z. B. sagt Paulus *L.* 20. *D. de iudiciis:* omnem obligationem *pro contractu* habendam esse; ut ubicunque aliquis obligatur: et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur; und Tryphonin erklärt sich *L.* 52. *D. de re iudicat.* eben so: Si rerum amotarum cum viro agatur, in solidum condemnari debet, quoniam ex *malo contractu* actio oritur. Siehe auch *L.* 15. *D. de donat.* und *L. ult. D. de accusat.* Von der verschiedenen Bedeutung des Worts *Contractus* handeln D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 2. WESTENBERG de causis obligationum Dissert. II. Cap. II. §. 3. und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 25. Not. 2. S. 76.

72) *L.* 7. §. 4. *D. h. t.*

und daß man, um beyde Arten von Conventionen zu unterscheiden, nothwendig zu an sich zufälligen Thatsachen seine Zuflucht nehmen müsse [73]).

Ob die Römer gleich von Anfang Contracte von andern **pactis** unterschieden haben, läßt sich, bey dem Mangel an sichern Nachrichten mit Gewißheit nicht bestimmen. Man behauptet zwar insgemein, daß die Römer sich in den ersten Zeiten blos nach natürlichen Rechten gerichtet hätten, und daher Anfangs ohne Unterschied alle Verabredungen bey ihnen verbindlich gewesen wären [74]). Allein da man neuerer Zeit wieder angefangen hat, die vollkommene Verbindlichkeit aus Verträgen selbst nach dem Naturrecht zu bestreiten [75]), so ist auch diese Hypothese noch sehr unsicher. Merkwürdig ist es indessen, was Dionyß von Halicarnaß [76]) erzählt, schon unter Numa sey es Sitte gewesen, die Contracte öffentlich und vor Zeugen zu schließen. Damit aber auch diejenigen gehalten werden möchten, die ohne Beyseyn von Zeugen geschlossen worden, so habe er der **Fidei puplicae** einen Tempel geweihet, und befohlen, daß bey Streitigkeiten über Contracte der Eid

73) Hugo a. a. O. S. 456.

74) S. Langsdorf im angef. Tractat. §. 18. Griesinger über die Verbindlichkeit der Verträge §. 4. *Io. Melch. Gottl.* Beseke Diss. de origine modorum contrahendi apud Romanos. *Halae* 1772. §. 5. Tafingers Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland S. 74. §. XXII.

75) Hugo Lehrbuch der Rechtsgeschichte §. 30. Schmal Recht der Natur 1. Th. §. 114—118.

76) *Antiquitat. Rom.* Lib. II. pag. 134. (edit. *Sylburg.* Lipsiae 1691. fol.)

und das Gewissen des Gegentheils entscheiden sollte. Eben dieser Geschichtschreiber erzählt weiter[77]), daß König Servius Tullius fünfzig Gesetze von Contracten und Verbrechen gegeben. Allein da Dionyß weder den Inhalt dieser Gesetze anführt, noch auch mit Gewißheit gesagt werden kann, was sich Dionyß, als Grieche, von Contracten für einen Begriff gemacht habe, so scheint mir dieser Beweis doch noch viel zu schwach zu seyn, um mit Meister[78]) behaupten zu können, daß der Unterschied zwischen Contracten und **pactis** gleichsam mit dem römischen Volk selbst entstanden sey. Es ist indessen sehr wahrscheinlich, daß Servius Tullius durch seine Gesetze den wucherlichen Contracten der Patrizier, von denen die verschuldeten Bürger sehr gedrückt wurden, zu Gunsten der letztern werde Gränzen gesetzt, und dieselben daher vorzüglich den Darlehnscontract betroffen haben[79]). Denn Dionyß nennt diese Gesetze von Contracten an einem andern Orte[80]) *τοὺς νόμους φιλανθρώπους καὶ δημοτικούς*. Sollte daher schon wirklich unter den Königen ein Unterschied zwischen **contractus** und **pacta** gemacht worden seyn, so bin ich geneigter mit Hrn. Prof. Schmalz[81]) zu glauben, daß man Anfangs nur die Verträge, auf

77) L. IV. pag. 218.

78) in Diss. de in factum actionibus Cap. I. §. 5. (in *Opuscul.* Syll. I. §. 315. sq.)

79) Eben dieses muthmaßet auch *I. Gottl.* MÜLLER in brevi Disputat. ad historiam iuris Rom. de contractibus antiquissimam, praemiss. EIUSDEM *vindiciis contractus aestimatorii secundum eos, qui in nominatorum numerum asserunt, tentatae. Lipsiae* 1778.

80) Lib. V. pag. 278.

81) in dem reinen Naturrecht. §. 118. S. 90.

welche hin eine Leistung geschehen war, Contracte genannt habe[82]), als daß die feyerliche Frage und Antwort (Stipulatio) wie der sel. Hofr. Meister[83]) annimmt, die erste wesentliche Form der Contracte ausgemacht habe. Erst in der Folge fing man an, die Verträge in eine gewisse Form einzukleiden, welche vorzüglich in der Feierlichkeit der Stipulation bestand. Den Anlaß hierzu gaben die Patrizier, welche besondere Formeln vorschrieben, um sich dadurch einen Einfluß in alle Geschäfte der Bürger zu verschaffen, und hierdurch den Pöbel ganz von sich abhängig zu machen[84]). Doch hatte man bey Einführung dieser Förmlichkeiten in Ansehung der Verträge auch noch andere Gründe[85]). Man billigte sie, a) damit nicht ein Jeder durch ein unüberlegtes Versprechen in eine ihm nachtheilige Verbindlichkeit gezogen würde, sondern Zeit hätte, die Sache wohl zu überlegen, weshalb er sich verbindlich machen wollte; b) damit nicht unnöthige und weitläufige Prozesse entstehen möchten, sondern solche sogleich nach der beym Geschäft zum Grunde gelegten Formel entschieden werden könnten[86]). Es ist sehr wahrscheinlich, daß zu den

82) *L.* 1. *D. de contrah. Emt. vend.*

83) Diss. cit. Cap. I. §. 9.

84) Cicero *de Orator.* I. 41. und in Orat. *pro Murena* cap. 11. S. *Io. Hieron.* Stenger Diss. de iure formulario Romanor. seu de legis actionibus ex XII. Tabulis descendentibus. *Lipsiae* 1709. *Io. Gottl.* Heineccii Orat. de iurisprudentia vet. Rom. formularia. *Franequerae* 1724. rec. 1734. 4.

85) *Io.* Luzac Diss. exhib. observationes nonnullas apologeticas pro ICtis Rom. *Lugd. Batav.* 1768.

86) Hugo civilist. Magazin 1. B. 4. Heft. S. 415.

Zeiten, da das Formularwesen bey allen sowohl gerichtlichen als außergerichtlichen Geschäften einmal eingeführt war, jeder Vertrag, wenn er eine klagbare Verbindlichkeit wirken sollte, in der Form der Stipulation eingegangen seyn mußte, wenn nicht etwa der eine Theil schon dasjenige geleistet hatte, was den Gegenstand des Vertrags ausmachte, und nur auf Zurückgabe des Seinigen klagte. Denn derjenige, welcher gestand, daß ihm der Kläger etwas geliehen, konnte sich dadurch von der Zurückgabe des Empfangenen oder einer andern Sache von gleichem Werthe nicht befreyen, daß er sagte, es sey keine Förmlichkeit bey der Uebergabe beobachtet worden, weil diese Unverbindlichkeit einen Paciscenten mit dem ungerechtesten Nachtheil des andern bereichert hätte. Zu den Contracten gehörten also Anfangs nur solche Verträge, die durch Uebergabe einer Sache, oder durch Leistung einer Handlung, oder sonst durch rechtliche Formeln eingegangen waren[87]). Alle übrigen waren bloße **pacta**. Allein je mehr die Einwohner des römischen Rechts sich ausbreiteten, je häufiger das Comerz unter ihnen wurde, desto weniger war es möglich, alle Conventionen, deren volle bürgerliche Rechtswirkung nothwendig war, in eine Stipulation einzukleiden, oder sogleich durch Uebergabe zu vollziehen; und doch war es nun einmal Grundsatz des römischen Rechts geworden, daß eine Convention eine **causam civilem obligandi** haben müsse, wenn sie eine klagbare Verbindlichkeit hervorbringen soll. Die Theorie des Rechts bequemte sich also nach diesem veränderten Zustande der Din-

87) S. Hrn. Prof. Hufelands Lehrbuch der Geschichte und Encyklopädie aller in Deutschland geltenden positiven Rechte 1. Th. 1. Abth. §. 288.

ge, und so dispensirte man wahrscheinlich durch die disputationem fori [88]) einige im gemeinen Leben am häufigsten vorkommende Verträge von der Form der Stipulation, und nahm sie in die Zahl der Contracte auf, so daß sie, auch ohne Stipulation, blos durch die erklärte Einwilligung der Paciscenten eben so verbindlich wurden, wie bey andern Völkern. So ward man durch die Nothwendigkeit des bürgerlichen Verkehrs veranlaßt, Consensual-Contracte zu sanctioniren, welche nun neben den Real-Contracten die dritte Gattung klagbarer Verträge ausmachten. Zuletzt erfand man noch eine Art von Contracten, bey denen ein schriftliches Schuldbekenntniß, wenn es ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hatte, die Ursache und Form der bürgerlichen Verbindlichkeit ward. Außer diesen Contracten wurde nun zwar noch manchen einzelnen Arten der bloßen Verträge sowohl vom Prätor als durch neuere Verordnungen der römischen Kaiser eine klagbare Verbindlichkeit ertheilt, allein sie behielten doch den gemeinen Namen der pactorum, weil sie ihre Klagbarkeit erst erhielten, nachdem gleichsam die Zahl der Contracte schon geschlossen war. Blos aus diesem Grunde sind die pacta legitima keine Contracte. Denn a priori läßt sich schwerlich zeigen, warum ein Kauf, aber keine Schenkung, ein Contract sey [89])? Aus dieser kurzen histo-

88) Vergleiche Meisteri Diss. de in factum actionibus Cap. I. §. 19. in *Opusc.* p. 343. sqq. und Tafingers Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland 2. Buch S. 112. §. LIII.

89) Sehr richtig bemerkt hierbey Hr. Prof. Hugo im civil. Magazin 1. B. 4. Heft. S. 457. daß, wenn der bloße Consens über

rischen Darstellung lassen sich übrigens folgende Kennzeichen der Contracte wahrnehmen.

1) Aller Contract muß eine Convention enthalten. Daher sagt schon Pedius beym Ulpian[90]) nullum esse contractum, qui non habeat in se conventionem. Geschäfte, aus denen Obligationen quasi ex contractu entstehen, sind also keine Contracte.

2) Die conventio muß obligatoria seyn, das heißt, sie muß in der Absicht eingegangen seyn, daß dadurch eine obligatio, die vorher nicht vorhanden war, also eine Forderung und Schuld, die das Mein und Dein betrifft, und die durch Solution getilgt werden soll, begründet und festgesetzt werde[91]). Obligationum enim substantia, sagt Paulus[92]) im zweiten Buch seiner Institutionen, non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* Non fatis igitur est (scil. in mutuo) dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur; sed etiam *hoc*

P 2

eine künftige Schenkung etwa schon zu Cicero's Zeiten, oder überhaupt damals, als der römische juristische Sprachgebrauch sich bildete, eine Klage bewirkt hätte, wir dieses Geschäft eben so natürlich unter die Consensualcontracte setzen würden, als jedes andere.

90) *L.* 1. §. 3. *in fin. D. h. t.*

91) Man vergleiche hier vorzüglich Hugo's civilist. Magazin 1. Band S. 466. folg.

92) *L.* 3. *pr. et* §. 1. *D. de obligat. et action.* Diese Stelle erklärt sehr gut Hr. Prof. Woltär in der Hallischen jurist. Bibliothek. Versuch S. 75. folg.

animo dari et accipi, *ut obligatio constituatur* [93]). Eine conventio liberatoria kann daher nie ein Contract seyn.

3) Die Convention muß eine klagbare Verbindlichkeit wirken. Dadurch unterscheiden sich Contracte von den pactis nudis.

4) Sie muß diese Wirkung an sich und ihrer Natur nach hervorbringen, also nicht wie ein pactum adjectum, einem andern Hauptgeschäfte zu verdanken haben. Endlich

5) die Convention muß von jeher und schon nach allgemeinen Regeln des römischen Civilrechts eine Klage gewirkt haben. Zwar wurde der Emphyteutische Contract erst vom Kr. Zeno zu einem eigenen Contract gemacht, man kann aber doch nicht sagen, daß vor dem Zeno die Emphyteusis noch gar kein Contract gewesen wäre. Sie war nur noch kein eigener, kein selbstständiger Consensual-Contract, denn man stritte darüber, ob man sie zum Pacht- oder Kauf-Contract rechnen sollte [94]). Auf diese Art sind also Contracte von den sogenannten pactis legitimis und praetoriis zu unterscheiden [95]).

§. 307.

Verschiedenheit der *causae civilis* bey Contracten, und daher entstehende Eintheilung der Contracte.

Die causa civilis, wodurch Verträge zu Contracten erhoben werden, und welche also, wie bereits oben bemerkt

93) In dieser Hinsicht sagt Theophilus in Paraphrasi graeca Institut. Lib. III. Tit. XIII. §. 2. nicht unrecht: contractum esse *conventionem ad constituendum obligationem initam, ut alter alteri fiat obnoxius.*

94) *L.* 1. *Cod. de iure. emphyteut.*

95) *Ge. Sam.* Madihn Institut. iuris civ. Lib. III. Tit. II. §. 386.

worden ist, in dem rechtlichen Grunde bestehet, vermöge welchen bey den Römern eine Convention schon an sich und von jeher, nach allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, eine klagbare Verbindlichkeit wirkte [96]), ist nun verschieden. Unser Verfasser nimmt folgende drey Gattungen an. I) Die Form, welche die Gesetze einer gewissen Art der Verträge gegeben, vermöge welcher sie nicht nur einen gewissen Namen haben, sondern auch eine Klage gleichen Namens hervorbringen. II) Die Erfüllung, welche bey einer Bilateral-Convention von einem der Paciscenten geschehen, und von dem andern angenommen worden ist, und III) einen von den Gesetzen fingirten Consens. Letzterer soll die **causa civilis** bey sogenannten Quasi-Contracten seyn. Allein die Gesetze kennen diese letztere **causam** nicht, und da die Geschäfte, bey denen **obligationes quasi ex contractu** entstehen, sicher gar keine Convention sind, so läßt sich hier keine **causa civilis contractuum** gedenken [97]). Noch weniger aber kann das Figment eines erdichteten Consenses derselben Stelle vertreten, wie bey dem folgenden §. gezeigt werden soll. Sodann fällt bey der Beschreibung der Form unter Nr. I. in die Augen, daß unser Verfasser **causam** und **nomen contractuum** mit einander verwechselt habe.

96) Madihn a. a. O. sagt: causa *contractuum non est, nisi complexus requisitorum, quae adesse debent, ut conventio per se ex generali Iuris sanctione primitus obligationem civilem plenam producere possit.*

97) Es hat diesen Irrthum unsers Verf. auch schon Hr. Prof. Weber in seinem klassischen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24. Not. 6. nach Verdienst gerügt.

Die causam civilis contractuum ist vielmehr vierfach. Sie bestehet entweder

1) in einer wirklichen Leistung, welche von Seiten des einen Contrahenten erfolgt ist; oder

2) in der Feierlichkeit mündlich ausgesprochener Worte; oder

3) in dem bloßen Consens der Partheyen in eine wechselseitige Prästation, oder endlich

4) in einem schriftlichen Aufsatze, der ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hat.

Nach dieser vierfachen causa gibt es auch viererley Gattungen von Contracten.

1) Realcontracte, welche erst durch eine erfolgte Uebergabe oder sonstige Prästation ihre vollkommene Verbindlichkeit erhalten [98]). Z. E. Das Darlehn, die Hinterlegung, der Leyh- und Pfandcontract.

2) Verbalcontracte, deren verbindliche Kraft in der Förmlichkeit mündlich ausgesprochener Worte liegt. Z. B. Die Stipulation, ehemals auch die dotis dictio.

98) Es ist eine unrichtige Idee, Realcontracte durch solche Geschäfte zu erklären, die dadurch erst verbindlich werden, daß der eine Theil sein Versprechen erfüllet hat. Wie kann man z. B. die Uebergabe im Depositum, durch welche der Contract seinen Anfang nimmt, die Erfüllung eines Versprechens nennen, ohne dem Sprachgebrauche Gewalt zu thun, der mit dem Worte Versprechen den Begriff vortheilhafter Aussichten für den andern, welchem das Versprechen geschiehet, verbindet?

3) Consensualcontracte, die durch den bloßen Consens der Partheyen in eine wechselseitige Prästation vollkommen obligatorisch sind, als Kauf, Pacht, Bevollmächtigung, Societät und Emphyteusis.

4) Litteralcontracte, deren verbindliche Kraft in einem schriftlichen Aufsatze gegründet ist, welcher ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hat; dergleichen durch Ausstellung eines Schuldscheins über ein Darlehen und über den Empfang einer Brautgabe entstehen kann [99]).

§. 308.

Nomen contractuum, und daher entstehende Eintheilung derselben in *nominatos* und *innominatos*. Begriff von den sogenannten Quasi-Contracten.

Von der causa contractuum muß nun nomen contractuum wohl unterschieden werden. *Nomen* heißt hier ein solcher Name, der in den Gesetzen einem Contracte beygelegt wird, und die besondere Eigenschaft mit sich führt, daß eine eigene und von dem Contract benannte Klage dabey Statt findet. Ursprünglich, wie man anfing Contracte von den übrigen pactis zu unterscheiden, war keine Convention, als Contract, obligatorisch, für welche nicht auch in der römischen Prozeßordnung eine eigene Klage genannt war. Alle Contracte mußten also nicht nur causam sondern auch nomen haben [100]). Zu dem Ende hatte man für jeden Contract eine besondere Klagformel, die in dem albo Praetoris

99) D'Avezan Contractuum lib. I. cap. 15.

100) Man sehe hier vorzüglich nach Meisteri Diss. cit. de in factum actionibus §. 20. u. 21.

verzeichnet war, und welche die Gattung und den Namen des Contracts ausdrückte: z. B. *Ajo te mihi mutui, commodati, depositi nomine, dare centum oportere: Ajo te mihi ex stipulatu, locato, dare facere oportere* u. s. w.[1]). Eine Convention, für welche keine dergleichen Formel in albo Praetoris genannt war, konnte demnach Anfangs kein Contract seyn. Weil aber doch im gemeinen Leben noch manche Conventionen vorkommen, die sich zwar wegen der Erfüllung, welche von Seiten des einen Paciscenten geschehen war, zu Realcontracten qualificirten, auf welche jedoch die Namen und Klagformeln nicht paßten, welche die Rechtssprache und Prozeßordnung für die gangbaren Contracte bestimmt hatte, z. B. ich habe dir eine Sache in der Absicht gegeben, daß du mir eine andere gebest, oder ich habe dir meinen Sklaven Stichus gegeben, daß du dagegen deinen Sklaven Pamphilus frey lassen sollst u. dgl.; so erfand man noch allgemeine, auf das Wesen solcher Conventionen gerichtete Formeln ohne besondere Namen: nämlich do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; und nahm sie auf solche Art der Billigkeit wegen unter die Contracte auf. Diese Contracte nannte man zum Unterschied von denjenigen, welche in dem Album des Prätors verzeichnet waren, negotia nova, contractus incertos, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt[2]). Die Mannigfaltigkeit dieser neuen Contracte erlaubte es nicht, auch für diese gewisse Klagformeln zu bestimmen. Es konnte also bey diesen Geschäften nur eine allgemeine Klage, die *actio in factum*,

1) Brissonius de Formulis Lib. V.

2) Vid. tot. Tit. Dig. *de praescriptis verbis et in factum actionibus.*

Statt finden, deren Formel in jedem vorkommenden Falle nach Maasgabe des eingegangenen Vertrages, so wie der Client den Vorgang der Sache mündlich oder schriftlich vortrug, verfaßt werden mußte; woraus sich auch der Name *actio praescriptis verbis* erklärt[3]). So entstand also die Eintheilung der Contracte in benannte und unbenannte; je nachdem sie entweder eine eigene vom Contract benannte, oder nur die allgemeine Klage in factum, praescriptis verbis, hervorbringen[4]). Eigentlich lassen sich nur die Realcontracte auf diese Weise eintheilen. Denn die übrigen Gattungen der Contracte sind ohne Unterschied contractus nominati. Es ist daher ganz unrichtig, wenn man das Wort nomen blos auf die Consensualcontracte, das Wort causa aber blos auf die Realcontracte ziehen will[5]). Denn Ulpian[6]) gedenkt außer den Consensualcontracten ausdrücklich auch des Commodats, der Hinterlegung u. a. d. unter den benannten, Contracten, und unterscheidet davon diejenigen Realcontracte, die kein nomen, sondern nur causam haben.

Ich komme nun auf die sogenannten Quasicontracte, welche unser Verfasser auch als eine besondere Gattung

3) S. Meister cit. Diss. Cap. II. §. 32. auch *Ios. Fernandez de* Retes Opusculor. Lib. II. cap. 6. (*Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 102.)

4) D'Avezan Contractuum Lib. I. cap. 9. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 21.)

5) Hr. Prof. Hugo hat deßhalb den Langsdorf mit Recht getadelt. S. civilist. Magazin 1. Band S. 458.

6) *L.* 7. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* über welche Stelle besonders Noodt de pactis et transactionibus Cap. IX. nachgesehen zu werden verdient.

der Contracte betrachtet, deren causa civilis in einem gesetzlich fingirten Consens der Partheyen liegen soll[7]). So mannigfaltig auch die Ideen sind, die sich die Rechtsgelehrten von den Quasicontracten machen, so ist doch wohl gewiß die Vorstellung unsers Verfassers bey weitem die unrichtigste. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck quasi contractus im ganzen Justinianeischen Rechte nicht vorkommt, indem die Gesetze blos von Geschäften reden, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen[8]), und hierdurch deutlich genug zu erkennen geben, daß solche weder Verträge noch Contracte sind[9]), weil bey denselben weder ein Versprechen noch weniger eine Acceptation vorhanden ist, ohne welches sich doch kein Vertrag denken läßt[10]); so erfordert ja

1) jede rechtliche Fiction, wenn sie kein Hirngespinst seyn soll, ein Gesetz, wodurch etwas für wahr angenommen

7) Eben dieser Meinung sind *Ger.* NOODT de pactis transaction. cap. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Disp. II. Cap. 3. §. 18. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. II. cap. II. Membr. XIV. §. 1. *Chr. Iac.* ZAHN Diss. de fictionibus iuris Rom. *Tüb.* 1787. p. 34. sq. u. a. m.

8) S. Lib. III. Institut. Tit. 28.

9) Es ist dieses besonders aus der *L.* 5. §. 3. *D. de Obligat. et action.* sehr deutlich wahrzunehmen, wo gesagt wird, wer eine Nichtschuld aus Irrthum bezahlt, thue solches nicht sowohl animo contrahendae, als vielmehr distrahendae obligationis.

10) Man vergleiche hier WOLTAER Observation. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertinent. Fasc. I. Observat. 18. und Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24. S. 68. ff.

wird, so zwar wirklich nicht geschehen, aber doch möglich ist. Dieses ist der Begriff, den unser Verfasser selbst §. **140.** von einer **Fictione iuris** gibt. Wo ist nun aber wohl im ganzen Corpus Juris ein Gesetz von einer solchen Fiction des Consenses, als man bey den Quasicontracten annimmt?

2) Wo die Gesetze auch hin und wieder Fictionen annehmen, z. B. bey Adoptionen, da müssen solche doch der Natnr der Sache und andern Gesetzen nicht zuwider seyn. Dieses geschiehet aber in den Quasicontracten nach dem Begriff des Autors offenbar, weil auch Kinder, Unmündige, gerichtlich erklärte Verschwender, Wahnsinnige und andere Personen, die nach den Rechten gar keinen Consens ertheilen können, **quasi ex contractu** verbindlich gemacht werden können[11]). Ist es nun nicht ein evidenter Widerspruch, den Consens von solchen Personen zu fingiren, der doch nach den Gesetzen selbst ungültig ist? Endlich

3) gibt es Fälle, wo Jemand **quasi ex contractu** haften muß, der nicht allein nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt hat. Z. B. wenn ich eines andern baufälliges Haus repariren lasse, der es mir ausdrücklich verboten hat. Ferner, wenn ich gegen das Verbot des Erben, daß man den Verstorbenen nicht solle beerdigen lassen, mich dennoch der Beerdigung desselben unterzogen habe, so befreyet ihn dennoch sein Verbot nicht, mir die Kosten zu erstatten[12]). Daß nun Jemand zugleich in eine und eben dieselbige Sache gewilliget und nicht gewilliget haben

11) *L.* 3. §. 5. *L.* 6. §. 1. *D. de Negot. gest.*

12) *L.* 14. §. 13. *D. de Religios.*

solle, ist ein Widerspruch und eine Unmöglichkeit, die sich doch wohl nicht fingiren läßt[13]).

Andere sind zwar dadurch der Wahrheit näher gekommen, daß sie die Quasicontracte aus der Reihe der Verträge ganz ausschließen; allein wenn sie darunter ohne Unterschied erlaubte Handlungen verstehen, durch welche Jemand auch ohne sein Wissen und ohne seine Einwilligung eben so gut verpflichtet werde, als ob er einen Contract geschlossen hätte[14]), so haben sie nicht bedacht, daß die Gesetze nur eine sehr geringe Anzahl von Rechtsfällen bestimmt haben, bey welchen nach ausdrücklicher Verordnung derselben, auch ohne Convention, eben solche Verbindlichkeiten unter den Partheyen entstehen sollen, als ob ein Contract unter ihnen eingegangeu wäre[15]). In dem Titel der Institutionen de

13) Das Lächerliche eines solchen fingirten Consenses bey den Quasicontracten haben auch schon Coccejus in iur. civ. controv. h. t. Qu. XII. und Emminghaus ad Eundem Not. o. pag. 228. desgleichen *Lud. God.* Madihn ad *Menckenii* doctrin. de actionibus forens. Not. 970. pag. 310. u. Walch in Controv. I. C. Sect. III. cap. VI. §. 1. gezeigt.

14) S. *Wolr.* Burchardi Diss. causam principem quasi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam. *Herbornae* 1750. *Io. Dav.* Dieterici Diss. de genuina quasi notione iuridica *Goett.* 1740. §. 55. sqq. Heineccius in Institut. iur. civ. nach Höpfner §. 934.

15) Schon *Ge. Sam.* Madihn in Institut. iuris civ. (*Halae* 1764.) §. 421. bemerkt ganz richtig: *eiusmodi obligationem quasi ex contractu non adsumendam esse*, *nisi* iuris dispositio *demonstrari possit, quae facto cuidam licito, a consensu autem diverso, efficaciam producendi obligationem ita indidit, ut inter eas personas talis obligatio inde proficisceretur, quasi de ea*

obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur, werden folgende Fälle angeführt: 1) Die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Eigenthümers; 2) die Führung einer Vormundschaft; 3) die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Erbschaft, oder sonstiger Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer dem Societätscontract, ohne Auftrag der Mitinteressenten; 4) die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse; und 5) der Empfang einer Nichtschuld [16]). Alle diese Geschäfte kommen nun zwar darin mit einander überein, daß sie 1) lauter erlaubte Handlungen sind, aus denen schon nach der natürlichen Billigkeit eine vollkommene Verbindlichkeit entspringt; 2) daß kein Theil dem andern ausdrücklich etwas versprochen; vielweniger 3) durch Worte oder Handlungen eine wechselseitige Einwilligung erkläret worden; ja es ist 4) die Errichtung eines wirklichen Vertrags unter den angenommenen Umständen zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, sondern auch zum Theil nach vorausgesetzter Beschaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Allein deswegen erschöpfen doch alle diese Eigenschaften noch nicht den eigentlichen wesentlichen Charakter der sogenannten Quasicontracte. Denn es muß doch seinen Grund haben, warum gerade diese Geschäfte, und keine anderen,

re contractus initus esse. Quo ex principio eorum doctrina facile repellitur, qui numerum earum obligationum quae quasi ex contractu nascuntur, mirifice augent.

16) Ob ausser diesen Geschäften es noch andere gebe, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen, ist streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte nehmen noch die Litiscontestation, ferner die receptio in navem, cauponam, stabulum an. Davon §. 486. 503. ein mehreres.

unter die Quellen der **Obligationum quasi ex contractu** gerechnet werden? Langsdorf glaubt[17]), das Wesen dieser Quasicontracte bestehe darin, daß etwas zum Nutzen und Vortheil eines andern ohne desselben Wissen oder vorher eingeholte Einwilligung sey geleistet worden. Sie hätten also eine Aehnlichkeit mit den Realcontracten, von denen sie blos darin unterschieden wären, daß bey diesen ein wechselseitiger Consens vorhanden ist, bey jenen aber dieser Consens fehlt, und blos auf die zum Nutzen eines andern geschehene Realpräſtation gesehen wird, auf welcher allein ihre verbindliche Kraft beruhe. Allein daß diese Hypothese nicht auf alle diejenigen Geschäfte anwendbar sey, die in den Institutionen bey den **obligationibus quasi ex contractu** angeführt werden, hat schon Herr Prof. Hugo[18]) richtig bemerkt. Denn wie läßt sich z. B. bey der Antretung der Erbschaft sagen, es sey eine Sache des Legatars zum Nutzen der Erben, welcher **quasi ex contractu** zur Ablieferung des Vermächtnisses verbunden ist, ohne dessen Einwilligung verwendet worden? Weit scharfsinniger ist daher die Idee, welche Herr Prof. Weber[19]) aufgestellt hat. Er sagt, die Verbindlichkeit entspringe hier aus Verhältnissen, welche im Ganzen doch etwas analogisches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist, und wobey wenigstens sonst, nach besondern Grundsätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird. Sie sind also Quasicontracte, weil sich wenigstens bey diesen Ge-

17) **Tr. de pactis et contract. Romanor. Cap. IX. §. 139. sqq.**

18) Civilist. Magazin 1. Band S. 452.

19) system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 24. ff.

schäften, bey denen eine solche Verbindlichkeit angenommen wird, eine auffallende Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte findet. Westenberg[20]) führte zwar auch schon diesen Charakter der Quasicontracte an, wenn er sagt: Quaedam sunt negotia, propter aequitatem non tantum obligatoria, sed et *contractibus similia*, quae proinde *Quasicontractus* recte dici potuerunt. *Negotiorum* enim *gestio* et *tutelae administratio* similes sunt *mandato*, nec non quodammodo *hereditatis aditio*. *Rei communio* vero similis est *societati*; et *indebiti solutio mutuo*. Ut adeo mirum videri non debeat, istaec negotia prae aliis, *in quibus tanta similitudo cum contractibus non invenitur*, *Quasi Contractus* vocari. Allein er versahe es darin, daß er diese Bestimmung nicht mit in den Begriff aufnahm, den er von der Sache gibt. Denn ihm[21]) ist ein *Quasicontractus* nur factum non turpe, ex quo citra conventionem nascitur obligatio. Dem Hrn. Prof. Weber gebührt also allerdings das Verdienst, den Begriff der Verbindlichkeiten quasi ex contractu nach der wahren Meinung der römischen Rechtsgelehrten richtiger bestimmt zu haben, wenn er sagt, es sind solche Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber bestimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage, eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich getroffen worden. Zwar ist die Sache in Ansehung der Erbschaftsantretung nicht auf-

20) de causis obligationum Dissert. II. Cap. III. §. 13. 14. et 15.

21) a. a. O. §. 7.

ser Zweifel, und wirklich schwer zu bestimmen, an welchen Contract dieses Geschäft gränzen soll. Denn wenn man hier ein solches Verhältniß annimmt, welches den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien darstellt, so ist freylich die Erinnerung des Hrn. Prof. Hugo[22]) nicht ganz ohne Grund, daß sich die Idee eines Bevollmächtigten, der auch ohne alle Rücksicht auf den Bevollmächtiger eine Handlung vornehmen dürfte, oder eines Bevollmächtigers, der das selbst nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, nicht gern unterschieben lasse. Es verstehet sich indessen auch wohl von selbst, daß hier von keiner ganz vollkommenen Aehnlichkeit in der Sache selbst die Rede seyn könne, und daß es, um die Bestimmung **quae ex contractu**, und deren Veranlassung zu erklären, schon genüge, in der Erbschaftsantretung mit Rücksicht auf die Legatarien im Ganzen etwas anzutreffen, was nach römischen Rechtssätzen sonst nur Folge eines Contracts zu seyn pflegte, und besonders beym **mandato** vorkam[23]). Denn der Erbe, indem er die Erbschaft antritt, handelt doch gewiß nicht blos zu seinem Besten, sondern befördert in der That auch zugleich das Interesse der Legatarien, weil er ihnen ein wirksames Recht in Ansehung des Nachlasses verschafft, was sie ohne seine Mitwirkung nicht erlangt hätten. Soll nun einmal nach Vorschrift des Civilrechts das Verhältniß, welches durch die Antretung der Erbschaft zwischen dem Erben und den Legatarien begründet wird, als Wirkung eines sonst

22) a. a. O. S. 453.

23) Hiermit stimmt auch MADIHN in Princip. iuris Rom. de Successionibus (*Francofurti cis Viadr.* 1792. 8.) §. 216. überein, wenn er daselbst sagt: *Obligatio haec quasi ex mandato illique similis habetur.*

eigentlich erforderlich gewesenen Contracts angesehen werden, so ist doch unläugbar die Idee eines der Bevollmächtigung ähnlichen Verhältnisses weit natürlicher, als wenn wir mit Emund Merillius[24]) einen Litteralcontract zum Grunde legen wollten[25]). Es läßt sich auch wohl ohne Widerspruch nach römischen Gesetzen[26]) denken, daß ein Bevollmächtiger zuweilen das selbst nicht thun könne, was er einem andern auf=

24) Commentar. in IV. libros Institution. (edit. Trotzii *Trajecti ad Rhen.* 1739. 4.) ad §. 4. I. de obligat. quae quasi ex contr. Iste vero quasi contractus, sagt er, accedit *ad litterarum obligationem*: heres enim ex testamento, *quasi ex chirographo*, legatariis obligatur. *L.* 41. *D. ad Leg. Aquiliam.*

25) Da die Gesetze hier nur den Abgang eines sonst eigentlich erforderlich gewesenen Contracts ergänzten, so konnte vielleicht auch das die Vorstellung erzeugen, daß man die Legatarien gleichsam als solche behandelte, in deren Namen und zu deren Besten ein rechtsgültiger Contract selbst mit dem Testirer geschlossen worden. Hieraus, meint Hr. Prof. Weber a. a. O. S. 27. lasse sich auch gewissermaßen die Benennung der actionis *ex testamento* erklären. Siehe auch *Ios. Fern. de* Retes Opusculor. Lib. IV. ad L. 41. §. 13. D. de legat. III. (*Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 208. n. 1.) und *Io. Christph. Eric.* Springer Diss. inaug. super quaestione: an testamenta magis inter leges, quam inter contractus improprios sive quasi contractus sint referenda? *Erlangae* 1777. Allein dagegen ließe sich vielleicht noch einwenden, daß auf solche Art der Erbe nicht sowohl den Legatarien, als dem Verstorbenen selbst verbindlich geworden wäre. *Tralatitium enim est*, sagt *Ios.* Finestres in Praelectionib. Cervariens. ad Tit. Pandect. de acquirenda vel omitt. hereditate P. II. cap. XII. §. 14. p. 465. *cum iis nos contrahere, quibus obligamur.*

26) *L.* 25. *Cod. de Procurat. Nov. LXXI. cap.* 1.

trägt, wie schon Hr. Prof. Weber[27]) selbst gegen den Einwurf des Hrn. Prof. Hugo gründlich erinnert hat. So roh übrigens der Grund ist, den Justinian in seinen Institutionen bey den meisten Quasicontracten anführt, nämlich weil hier die Verbindlichkeit aus keinem Contract herrühre, und doch auch noch weniger aus einem Vergehen hergeleitet werden könne[28]), so merkwürdig ist es doch, wenn gerade der Empfang einer Nichtschuld gleichsam als ein Darlehn angesehen wird[29]), welches die Weberische Theorie noch mehr bestärkt. Aus allen erhellet nun also soviel, daß bey den obligationibus quasi ex contractu die Vorschrift der Gesetze gleichsam an die Stelle des Contracts tritt. Der Grund ihrer Gültigkeit ist demnach das Gesetz[30]), welches hierbey Billigkeit und gemeines Beste zum Maasstab nimmt. Warum aber die römischen Gesetzgeber, um Verbindlichkeiten zu begründen, die doch schon das Naturrecht anerkennt, zu einem Quasicontract ihre Zuflucht genommen haben, ist blos aus der besondern

27) von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. Not. 4. S. 29. der neuesten Ausgabe.

28) So z. B. heißt es §. 5. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* Heres quoque legatorum nomine *non proprie ex contractu* obligatus intelligitur: neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest, et tamen, *quia ex maleficio non est obligatus*, QUASI EX CONTRACTU debere intelligitur.

29) §. 6. *I. eodem.* Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, *ac si mutuum ei daretur*, et ideo condictione tenetur.

30) Hufelands Lehrbuch der Geschichte und Encyklopädie aller in Teutschland gelt. positiven Rechte 1. Th. §. 505.

Denkungsart der Nation zu erklären. Die älteste Form sich verbindlich zu machen, war bey den Römern unstreitig der Contract. Da nun aus bloßen Verträgen keine klagbare Verbindlichkeit entstand, so reducirte man alle bürgerlich vollkommene Verbindlichkeit, insofern keine unerlaubte Handlung dabey vorlag, auf Contracte. Diese nur waren den Römern bekannt und geläufig, und machten daher gleichsam den Grundstoff aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten aus. Nun hatte der römische Bürger einen überspannt hohen Begriff von seiner Freyheit. Unerträglich schien ihm der Gedanke zu seyn, daß ein Bürger über den andern sich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der letztere sich freywillig dazu anheischig gemacht, oder ein Strafgesetz übertreten hätte. Und doch erforderte nicht selten das gemeine Beste, einen Bürger verbindlich zu machen, wenn auch gleich derselbe weder selbst etwas versprochen, noch sonst etwas Unerlaubtes begangen hätte. Denn in vielen Fällen war nicht einmal ein Contract möglich. Man erklärte also diese Verbindlichkeiten, der Denkart des Volks gemäß, dadurch, daß man sie **quasi ex contractu** herleitete, sofern sich in den Verhältnissen der Partheyen Aehnlichkeiten mit wirklichen Contracten fanden [31]). Ich läugne es nicht, daß ich in dieser ganzen Darstellung der Lehre von den sogenannten Quasicontracten dem um die philosophische und elegante Bearbeitung des römischen Rechts so verdienten Herrn Professor Weber vorzüglich gefolgt bin, weil ich keinen andern kenne, welcher diese durch die irrigen Sätze der Ausleger so sehr verunstal-

31) Dieterich D. de genuina *quasi* notione iuridica. §. 60. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 8.

tete Doctrin des römischen Rechts richtiger und gründlicher abgehandelt hätte. Ich kann aber auch diese Lehre nicht verlassen, ohne noch ein Wort über deren heutige Anwendung mit demselben hinzuzufügen. Daß die ganze Veranlassung, wodurch die römischen Rechtsgelehrten bewogen wurden, alle Rechte und Verbindlichkeiten, soviel möglich, auf Contracte und Verbrechen zu reduciren, bey uns wegfällt, bedarf keines Beweises. Es gehört demnach diese ganze Lehre von den **obligationibus quasi ex contractu** zu den Subtilitäten des römischen Rechts, welche keinen practischen Nutzen haben. Warum wollten wir nicht lieber die Entstehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Verbrechen vorhanden sind, geradezu auf unmittelbare gesetzliche Vorschrift, oder auf einseitige Handlungen zurückführen, als uns mit der Larve der Quasicontracte täuschen lassen[32])? Die Beschaffenheit unserer heutigen Rechtsgeschäfte ist auch wirklich, wie Herr Prof. Weber[33]) ganz richtig bemerkt, zu sehr auf einen andern Fuß gestellet, als daß nicht die Anlage unseres Rechtssystems durchaus fehlerhaft seyn müßte, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten noch heutiges Tages mit den römischen Rechtsgelehrten auf Verbrechen und Contracte, welche letzteren wir ohnehin im eigentlichen römischen Verstande gar nicht einmal mehr haben, zurückleiten wollten.

32) Man vergleiche hier noch *Ern. Henr.* Mylii Disp. de fictione quasi contractuum in jure germanico otiosa. *Lipsiae* 1741. und von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 352.

33) a. a. O. §. 29. S. 90. ff.

§. 310.

Eintheilung der Contracte *in contractus bonae fidei* und *stricti iuris*, und Verschiedenheit der daher entstehenden Klagen.

In Absicht auf die Wirkung theilten die Römer die Contracte weiter in **contractus striti iuris** und **bonae fidei** ein. Erstere nannten sie diejenigen Contracte, deren ganze Rechtswirkung von der Formel und Feyerlichkeit der Worte abhing, vermöge welcher sie waren geschlossen worden, so daß daher kein Theil dem andern zu etwas mehreren verbunden war, als was ausdrücklich versprochen worden. Von dieser Art waren die Formular- oder Verbal-Contracte, welche ihre bürgerliche Rechtsverbindlichkeit durch ausgesprochene feyerliche Worte erhielten, wohin nach dem neuern Rechte hauptsächlich die Stipulation mit den darunter begriffenen Arten, nämlich der Correal-Obligation, der Fideiussion u. dgl. gehörte[34]). Von diesen galt also, was Celsus[35]) sagt: **Quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est.** Das Gegentheil

34) Dieß halte ich wenigstens mit *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iur. civ. §. 389. für die richtigere Meinung. Andere rechnen, außer den wörtlichen und schriftlichen, auch noch die Realcontracte hierher, z. B. Hr. Prof. Hufeland im Lehrb. der Geschichte und Encyklopädie der Rechte §. 503. Not. 1. Die meisten Rechtsgelehrten hingegen halten wenigstens das Darlehn für einen stricti iuris Contract. Allein diese Meinungen widerlegt §. 2. *I. de I. N. G. et C.* und §. 28. *I. de action.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuatitiae (*Halae* 1728) §. 8. sqq.

35) *L.* 99. *D. de Verbor. Obligat.*

hiervon sind die **Contractus bonae fidei**, bey denen nicht blos auf die ausdrückliche Uebereinkunft der Contrahenten, sondern auch zugleich auf die den Umständen nach eintretende natürliche Billigkeit Rücksicht genommen wurde. Denn die *bona fides*, welche in diesen Contracten beabsichtiget wird, sagt Tryphonin[36]), bedeutet nichts anders als **summam aequitatem**; und Gajus[37]) sagt: **In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri** ***ex bono et aequo*** **praestare oportet.** Von dieser Art waren alle übrigen Contracte, außer den Formularcontracten, also nicht die Consensualcontracte allein. Der Unterschied zwischen den **bonae fidei** und **stricti iuris** Contracten war übrigens bey den Römern vom practischen Nutzen. Denn **1**) ist bereits oben (§. **296**. und §. **301**.) bemerkt worden, daß **contractus stricti iuris** gültig waren, wenn sie gleich durch Betrug, oder widerrechtlichen Zwang veranlaßt worden[38]). Der verletzte Contrahent konnte sich deshalb nicht mit der Klage aus dem Contract helfen, sondern er mußte die prätorische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen suchen[39]). **Contractus bonae fidei** hingegen waren schon an sich nichtig, wenn ein Betrug, oder ungerechte Furcht die Veranlassung dazu gegeben hatte[40]), ohne daß der Verletzte hier der prätorischen Rechts-

36) *L.* 31. *D. depositi.*

37) *L.* 2. §. 3. *D. de Obligat. et Actionib.*

38) *L.* 36. *D. de Verbor. Obligat. L.* 5. *Cod. de inutil. stipulat.*

39) *L.* 7. §. 3. *D. de dolo malo.*

40) *L.* 3. §. *ult. D. pro socio. L.* 21. §. 3. *D. quod metus caus.* Man sehe auch *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 19. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 40. sqq.)

hülfe bedurfte, er konnte sich nämlich der Klage aus dem Contracte selbst bedienen[41]), weil schon die Natur des Contracts es mit sich brachte, daß die Contrahenten bey einem solchen Vertrage redlich und aufrichtig gegen einander handeln mußten, ohne daß sie nöthig hatten, wegen eines zu befürchtenden Betrugs sich besonders und mittelst einer ausdrücklich hierauf gerichteten Clausel vorzusehen[42]), wie alles dieses an den bemerkten Orten ausführlicher gezeigt worden ist. Es scheint zwar, als ob dieser Unterschied im neuern römischen Rechte sey aufgehoben worden. Denn die Kaiser Diocletian und Maximian[43]) rescribiren ganz allgemein: **Bonam fidem in contractibus considerari, aequum est.** Allein wenn gleich dieses Gesetz von den Auslegern auch auf stricti iuris Contracte gezogen wird; so ist doch die **bona fides**, die bey diesen Contracten in Betrachtung kommt, von derjenigen Billigkeit sehr verschieden, welche den **bonae fidei** Contracten eigen ist. Denn bey jenen nahm man nur auf die allgemeinen Regeln der Billigkeit Rücksicht, damit sich Niemand beklagen durfte, er sey unter dem Schein des Rechts vervortheilt, und um sein Recht gebracht worden[44]). Deswegen hatte man auch vorzüglich in Ansehung der **stricti iuris** Contracte Rechtsmittel wider den Betrug und die ungerechte Furcht eingeführt, damit nicht etwa einer sich um des anderen Schaden durch seine un-

41) *L.* 7. §. 3. *in fin. D. de dolo. mal.* *L.* 6. §. 8. *L.* 11. §. 5. *D. de action. emti vendit.*

42) Contractibus bonae fidei doli praestatio inest, sagt *L.* 152. *D. de Reg. iur.*

43) *L.* 4. *Cod. de obligat. et actionib.*

44) *L.* 1. §. 1. *D. de doli mali et met. except.*

gerechte Handlung bereichern möchte; und auch bey diesen Contracten verstattete man nicht, das Nämliche zweymal zu fordern, wenn es gleich stipulirt worden[45]). Allein soweit ging doch diese **bona fides** nicht, daß man ohne prätorische Rechtshülfe sich mit einer ordentlichen Klage hätte helfen, oder daß man sonst etwas hätte fordern können, was nicht ausdrücklich stipuliret worden[46]). Wenn daher auch schon Paulus[47]) sagt: **In omni contractu bonam fidem praestari deberi**; so hat hierbey der sel. Hofrath Meister[48]) die sehr richtige Bemerkung gemacht, daß hier die *bona fides* mehr dem **dolo malo**, als dem **stricto iuri** entgegen gesetzt werde. Es läßt sich also wohl auf keine Weise behaupten, daß der Unterschied zwischen den **bonae fidei** und **stricti iuris** Contracten bey den Römern je aufgehört habe, der ohne Zweifel noch zu Justinians Zeiten practisch war[49]).

45) *L.* 18. *D. de Verbor. Obligat.* *L.* 57. *D. de Reg. iur.* *L.* 51. §. *ult. D. de Re iudic.* *L.* 21. *D. de heredit. vel. act. vend.* *L.* 4. §. 7. *D. de doli mali et met. except.*

46) So erklären dieses Gesetz auch *Ioan* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 21. (*Thesaur. Meermann.* Tom. IV. pag. 47. sqq.) *Ian. a* COSTA in Comment. ad §. 28. I. de Actionib. pag. 547. (edit. *van de* WATER) und VINNIUS in Comment. ad Eund. §. 28. I. nr. 1.

47) *L.* 59. §. 1. *D. Mandati.*

48) in Diss. de fide eiusque iure in usucapione et praescriptione. Cap. I. §. 4. Not. b. (*Opusculor. Syllog. I.* pag. 14.)

49) Man vergleiche §. 28. und 30. *I. de Actionib.* Selbst die Kr. Diocletian und Maximian sagen an einem andern Orte *L.* 5. *C. de rescind. vendit.* daß auf die bona fides in den davon benannten Contracten nur vorzüglich (maxime)

2) In den bonae fidei Contracten bewirkte der Verzug des Schuldners eine Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen [50]). Allein in den stricti iuris Contracten konnten solche, auch nicht einmal von Zeit der Litiscontestation an, gefordert werden [51]), wenn man sich nicht durch eine Stipulation ausdrücklich Zinsen ausbedungen hatte.

Rücksicht genommen werde. S. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad §. 28. I. de Actionib. pag. 483.

50) *L.* 32. §. 2. *D. de Usur. L.* 5. *C. de pact. inter Emtor. et Venditor.*

51) Anderer Meinung sind zwar *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar. in Institut. iur. civ. Lib. IV. Tit. VI. §. 24. pag. 459. *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. IV. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 271.) *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. I. §. 17. und *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. controv. P. II. Lib. XXII. Tit. I. Quaest. 3. Sie berufen sich auf die *L.* 35. *D. de Usur.* wo Paulus sagt: Lite contestata usurae currunt. Allein schon längst haben *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XI. Err. 1. *Hugo* DONELLUS in Tr. de Usuris. Cap. III. circa fin. *Reinh.* BACHOVIUS in Not. ad *Treutlerum* Vol. II. Disput. III. Th. III Lit. C. pag. 128. *Ios.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 20. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. Col. 436.) *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4. *Ger.* NOODT de Foenore et Usuris Lib. III. cap. 12. und *Io. Henr.* BERGER in Resolution. Legum obstant. Lib. XXII. Tit. I. Quaest. 1. p. 492. diesen Irrthum widerlegt, und gezeigt, daß die angeführte *L.* 35. *D. de Usur.* in Verbindung mit der *L.* 18. *D. de Novation.* welche beyde aus des PAULI *lib.* 57. *ad Edictum* genommen sind, zu erklären, und so zu verstehen sey, daß der Zinsenlauf durch die Litiscontestation nicht so, wie durch eine freywillige Novation, aufhöre. Paulus sagt also hier das nämliche, was auch

3) Zu den stricti iuris Contracten wurde ehemals die Schuld nicht durch Compensation getilgt, sondern man mußte dem Kläger die exceptionem doli entgegen setzen, dahingegen in den contractibus b. f. die Compensation ipso iure Statt hatte. Jedoch hat diesen Unterschied schon Justinian aufgehoben[52]).

4) Von einem bonae fidei Contracte konnten die Partheyen mit beyderseitiger Bewilligung gänzlich wieder abgehen, so lange der Contract noch nicht vollzogen war. Der Contract wird hierdurch ipso iure aufgehoben, als ob er nie geschlossen worden[53]). Allein wenn man eine Formularobligation aufheben wollte, so mußte solches entweder durch Acceptilation geschehen, oder die Verbindlichkeit blieb nach dem strengen Recht bey Kräften, wenn man sie dem Schuldner nur durch simple Worte erlassen hatte, und der Schuldner mußte sich mit der exceptione pacti schützen[54]).

schon die Kaiser Severus und Antonin, unter denen Paulus lebte, in der *L.* 1. *Cod. de Iudiciis* für Recht erkannt haben, wenn es daselbst heißt: Iudicio coepto, usurarum stipulatio non est perempta. Siehe auch Voet in Comm. ad Pandect. T. I. Lib. XXII. Tit. I. §. 10. Pothier in Pandect. Iustinianeis Tom. I. Tit. de Usur. Sect. II. Nr. XLI. und in Schol. ad Nr. XLVIII. pag. 625. et 627. und *Io. Ortw.* Westenberg in Princip. iuris sec. ord. Digestor. Lib. XXII. Tit. I. §. 14.

52) §. 30. *I. de Actionib.*

53) *L.* 2. *et* 3. *D. de rescind. vendit. L.* 7. §. 6. *D. de Pact. Ios.* Averanius Interpretat. iur. Lib. I. cap. XIV. nr. 13. sqq.

54) *L.* 35. *D. de Reg. iur.*

Ich übergehe andere Differenzen, die man bey Vinnius[55]) nachlesen kann.

Auf diesen Unterschied der Contracte gründet sich nun die Eintheilung der Klagen in **actiones bonae fidei** und **stricti iuris**, wie Böhmer[56]) ganz richtig behauptet. Keine andern Klagen waren nämlich **stricti iuris**, als die aus einem Formularcontract entstanden, alle anderen waren **bonae fidei**[57]). Beyde Gattungen der Klagen waren darin unterschieden. 1) Bey den **actionibus stricti iuris** konnte der Richter dem Kläger durchaus nichts anders zuerkennen, als was die Formel des Contracts ausdrücklich enthielt. Bey den **actionibus bonae fidei** hingegen hatte der Judex freyere Hände. Bey diesen konnte er nach der Billigkeit bestimmen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten schuldig war, wenn es gleich nicht ausdrücklich versprochen worden[58]). Denn in den **iudiciis bonae fidei** galt, wie Paulus[59]) sagt, das **officium iudicis** soviel, als bey

55) Comm. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4.

56) Doct. de actionibus Sect. I. cap. III. §. 14. 19. et sqq. Man vergleiche jedoch auch *Io. Matth.* MAGNI Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. I. (*Thes. Meermann.* T. III. p. 266. sqq.) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 19. et 21. (*Thes. Meermann.* Tom. IV.) und *Henr.* WAGNER Meditat. ad *Boehmeri* doctrin. de actionibus P. II. Cap. III. §. 14.

57) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1129. und *Lud. God.* MADIHN ad Menckenii doctr. de actionib. for. Not. 11.

58) §. 30. *I. de Action.* In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, *ex bono et aequo* aestimandi, quantum actori restitui debeat.

59) *L.* 7. *D. de Negot. gest.* *L.* 24. *circa fin. D. depositi.*

einer Stipulation Frage und Antwort. Daher war auch 2) die Prozeßform bey beyden Arten der Klagen ganz verschieden [60]). Denn in den **iudiciis stricti iuris** mußte der Beklagte, wenn er eine peremtorische Einrede gegen die Klage hatte, solche schlechterdings beym Prätor (**in jure**) vorschützen, ehe noch die Partheyen an den Judex verwiesen waren, damit sie der Prätor der **formulae iudicii**, d. i. der Instruction, die er dem Judex gab, beyfügen konnte [61]). War dieses nicht geschehen, so fand der Beklagte beym Judex kein Gehör, wenn er sie da erst der Klage entgegen setzen wollte. Denn der Judex durfte die ihm gegebene Instruction nicht überschreiten [62]); lautete diese also dahin: ***Si paret, reum dare, facere oportere ex stipulatu, eum condemna;*** so mußte er den Beklagten verurtheilen, sobald der Kläger seine Intention bewiesen hatte [63]). Wollte der Beklagte nun diese Condemnation verhüten, so mußte er die ihm zustehende Einrede in Zeiten vorbringen, und bitten, daß sie der Prätor der **formulae iudicii** beyfügen möchte. Dieß geschah nun mit einer bedingungsweise abgefaßten Clau-

60) Hiervon handeln sehr ausführlich *Ger.* Noodt Probabil. Lib. II. cap. I. Ebenderselbe de iurisdictione Lib. I. cap. 13. circ. fin. und de forma emendandi doli mali cap. 5. et 8. *Ios.* Averanius Interpretat. iur. Lib. I. cap. XIV. nr. 27. sqq. und D'Avezan Contractuum lib. I. cap. 21.

61) Cicero *de Inventione Lib. II. Cap.* 19. *In iure* heißt es daselbst, *et exceptiones postulantur*, et quodammodo agendi potestas datur, et *omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.*

62) Seneca *de Beneficiis* Lib. III. c. 7. sagt: Iudicem formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit.

63) §. 1. *et* 2. *I. de except.* Averanius a. a. O. nr. 32.

sel: z. E. *Si non convenerit, ne eam pecuniam actor peteret*, oder: *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*[64]); und nun kam alles bey dem iudice pedaneo auf den Beweis dieser Einrede an, von welchem des Bekagten Lossprechung oder Verurtheilung abhing[65]). Bey den Iudiciis bonae fidei war es hingegen ganz anders. Hier war es nicht nöthig, den Prätor um eine Formel für die Einrede zu ersuchen. Nein, wenn der Exception auch in iure gar keine Erwähnung geschehen war, so konnte sie doch noch immer bey dem Iudex angebracht werden[66]). Die Einrede lag hier schon in der Natur eines iudicii bonae fidei[67]), worüber der Judex, da er durch die Clausel: *ex bona fide*, oder *quantum aequius melius id dari*[68]), überhaupt einen solchen Streit nach Recht und Billigkeit zu entscheiden angewiesen war, unstreitig

64) *L.* 2. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* Daher sagt Paulus *L.* 22. *D. de Except.* Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

65) *L.* 9. *Cod. de Exception.* Daß indessen die exceptio doli, wenn sie in iure vorgeschützet worden, das iudicium stricti iuris in ein iudicium bonae fidei verwandelt habe, wie Cujacius Lib. III. Observation. cap. 17. und Lib. VIII. cap. 16. behauptet, ist irrig, und schon längst von *Ant.* Faber Conjectur. Lib. XIV. cap. 18. und Bachovius de Actionibus Disputat. VI. Thes. 22. widerlegt worden.

66) Noodt de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 13. prope fin. und Ebenderselbe de forma emendandi doli mali Cap. 8. Averanius l. c. nr. 33.

67) Die Gesetze sagen: Exceptiones insunt bonae fidei iudiciis. *L.* 3. *D. de rescind. vendit.* *L.* 21. *in fin. D. Soluto matrim.* *L.* 84. §. 5. *D. de Legatis I.*

68) Cicero *Topic. cap.* 17. und *Or. pro Roscio Comoedo. cap.* 4.

schon von Amtswegen erkennen konnte[69]). Ferner 3) wenn es auf die Ersetzung des Werths einer Sache ankam, so wurde bey den actionibus bonae fidei auf das tempus rei iudicatae, bey denen hingegen, welche stricti iuris waren, auf die Zeit der Litiscontestation gesehen[70]). 4) In den bonae fidei iudiciis hatte das iuramentum in litem Statt, allein wenn ex stipulatu geklagt wurde, so wurde dieser Eid nur dann zugelassen, wenn die versprochene Sache mora promissoris zu Grunde gegangen war, außerdem aber nicht[71]); andere Differenzen zu geschweigen.

Soviel den practischen Nutzen dieser Eintheilung in unsern Tagen anbetrifft, so habe ich schon mehrmalen bemerkt, daß bey uns keine Contractus stricti iuris mehr angetroffen werden, sondern alle Verträge, die in Teutschland errichtet werden, überhaupt und ohne Ausnahme vielmehr bonae fidei contractus sind[72]). Es fällt daher

69) Bachovius de Actionibus Disp. VI. Thes. 21.

70) *L.* 3. §. 2. *D. Commodati*, *junct.* *L.* 37. *in fin.* *D. Mandati.* Voet Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XLIV. Tit. VII. §. 13.

71) *L.* 5. *et* 6. *D. de in litem jurando.* Voet in Com. ad Pandect. Lib. XII. Tit. III. §. 5.

72) Boehmer doctr. de actionibus Sect. I. cap. III. §. 44. *Io. Tob.* Carrach Diss. qua pacta non stricti iuris, sed bonae fidei esse evincitur. *Halae* 1765. §. 19. sqq. *Io. Christ.* Rudolph D. de effectu metus in pactis et contractibus. Sect. III. p. 40. Gmelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 2. Band §. 100. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 184. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 751. und §. 1132. u. a. m. Siehe Not. 37. zum §. 296. dieses Commentars.

auch der Unterschied zwischen den **actionibus bonae fidei** und **stricti iuris** weg. Denn unsere Richter sind nicht, wie der römische **Iudex pedaneus**, an die Contractsformel gebunden, sondern müssen bey der Beurtheilung derselben vorzüglich auch auf Billigkeit, Absicht der Paciscenten, und überhaupt auf die natürlichen Bestimmungen eines Vertrags ihr Augenmerk richten [73]). Da wir also in Teutschland jenes Formularwesen nicht mehr haben, worauf sich diese ganze Distinction gründete, so kann natürlicher Weise von den römischen Gesetzen, die von **contractibus** und **actionibus stricti iuris** handeln, heut zu Tage keine Anwendung gemacht werden [74]).

§. 311.

Eintheilung der Verträge *in pacta nuda* und *non nuda*, und verschiedene Arten der letztern.

Von den Contraten unterscheidet nun das römische Rechtssystem die bloßen Verträge, oder eigentlichen **pacta**, welche, wie Ulpian [75]) sagt, außer der

73) Mit Recht sagt daher Carrach in Adnotation. ad *Boehmerum* de actionibus pag. 36. ad §. 46. *In omnibus actionibus servanda est in Germania a iudice* AEQUITAS IURIS NATURALIS PERFECTE OBLIGANTIS. *Minime vero aliquid* EXTRAORDINARIUM *adjudicandum, quod nimirum praesumi nequit, sed ex speciali conventione dependet; probandumque est.*

74) S. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des röm. Rechts §. 4. S. 28.

75) *L.* 7. §. 4. *D. h. t.* cum nulla subest causa *praeter conventionem.* So lesen die meisten Codices, wie *van* Wachendorff

Uebereinkunft beyder Theile, keine causam civilem (§. 307.) haben. Diese theilte man wieder, wie bereits oben (§. 306.) bemerkt worden ist, in simple und klagbare Verträge ein, je nachdem sie entweder nur eine Exception, oder auch eine Klage wirkten. Letztere, die klagbaren Verträge, erhielten ihre verbindliche Kraft entweder durch einen Hauptcontract, dem sie sogleich bey dessen Eingehung angehängt worden (pacta adiecta), oder durch ein Edict des Prätors (pacta praetoria), oder durch ein besonderes Civilgesetz (pacta legitima). Alle diese verschiedenen Arten der gerichtlich wirksamen Verträge machten blos Ausnahmen von der Regel des römischen Rechts, nach welcher pacta nuda keine Klage hervorbringen, der die Römer, aller Modificationen des neuern Rechts ungeachtet, doch jederzeit treu geblieben sind, wie so unendlich viel Stellen unsers römischen Gesetzbuchs erweisen [76]). Ob die An-

in Diss. de pactis nudis Cap. I. §. 2. (in *Dissertation. Triade* pag. 393.) bemerkt. Wollte man jedoch die Florentinische Leseart *propter conventionem* beybehalten, so müßten diese Worte wenigstens nach der Interpunction des Ludovicus Charondas zu den nachfolgenden: *hic constat, non posse constitui obligationem*, gezogen werden.

76) *Iac.* Maestertius de iustitia Legum Rom. Lib. I. cap. 33. will zwar jene Regel des röm. Rechts lediglich auf solche Conventionen einschränken, welche blos aus Prahlerey oder wenigstens ohne Ueberlegung und nicht im Ernst eingegangen worden; er glaubt, ein ernstliches und überlegtes Versprechen habe nach röm. Rechte jederzeit eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt. Allein diese Meinung verdient keiner Widerlegung, wenn sie auch nicht schon so ausführlich vom *Io. Car. van* Wachendorff in Diss. cit. Cap. II. §. 4. pag. 451. sqq. wäre widerlegt worden.

hänglichkeit an das alte Rechtssystem, nach welchem kein bloßes Versprechen ohne Stipulation verbindlich war, oder die Besorgniß, daß durch Einführung einer allgemeinen Verbindlichkeit oder Klagbarkeit aller Verträge ein Bürger gar leicht übereilt werden könnte, an Beybehaltung jenes Rechtssatzes mehr Antheil habe, getraue ich mir nicht zu entscheiden; soviel aber ist gewiß, daß Kr. Leo durch seine Constitution [77]), wodurch er blos die solennen Formeln bey den Stipulationen abgeschafft hat, das alte Gebäude nicht niedergerissen habe [78]). Denn noch Justinian unterscheidet in seinen Novellen [79]) sehr genau zwischen Stipulationen und bloßen Verträgen, obwohl freylich schwer zu begreifen ist, warum der Kaiser gerade der Schenkung, einem der aller gefährlichsten Geschäfte, wodurch der Bürger am allerleichtesten um sein Vermögen kommen konnte, auch ohne alle Rücksicht auf Stipulation, die Wirkung beygelegt, daß man daraus klagen konnte [80]), hingegen in Absicht auf das Versprechen, daß man dem andern eine Sache leihen wolle, wenn man's nicht auf vorgehende Frage mündlich zugesagt, es bey dem alten Recht gelassen habe [81]).

77) *L.* 10. *Cod. de contrah. et committ. stipulat.*

78) Leyser in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. Medit. 5. ist zwar anderer Meinung; allein *Iac.* Voorda Elector. libro sing. Cap. 21. und Hr. Prof. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. not. k. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

79) *Nov. CXXXVI. cap.* 4. *et Nov. CLXII. Cap.* 1. *princ. et* §. 8.

80) *L.* 35. *C. de Donation.*

81) Merkwürdig ist die Verordnung des Kaisers Justinian in *L.* 14. *C. de contrah. et commit. stipulat.* über den Beweis

Es blieb also auch in dem neuern röm. Recht der Grundsatz fest, daß ein pactum nudum keine Klage wirkt, und es ist auch wirklich nichts Unbilliges darin zu finden, wenn man erwägt, wie leicht es nach dem neuern römischen Rechte war, auch ohne Formel, einen bloßen Vertrag schon dadurch klagbar zu machen, daß man den Promittenten nochmals fragte, ob es auch wirklich sein Ernst sey, das Versprechen zu leisten, und wie insonderheit durch diese Vorsicht die Anzahl der Prozesse vermindert werden konnte[82]). Doch, um wieder auf die klagbaren Verträge (pacta vestita, pacta non nuda) zu kommen, so gehören zu diesen

I) die pacta adjecta[83]). Sollten jedoch diese, als Nebenverträge, obligatorisch seyn, so mußten selbige

der nicht wirklich beobachteten Stipulation, wenn ein schriftlicher Aufsatz darüber vorhanden war. Man vergleiche auch Hugo civilist. Magazin I. Band. S. 447. f.

82) Noodt de pactis et transact. cap. X. Donellus in Commentar. ad L. 10. Cod. de pactis nr. 21. *van* Wachendorff cit. Diss. Cap. II. §. 2. (in *Triad.* pag. 438.) und Ludw. Fried. Griesingers Abhandlung von der Verbindlichkeit der Verträge. (Tübingen 1793. 8.) 1. Buch. 3. Kap. §. 6. S. 17. und §. 7. S. 25.

83) Die römische Rechtslehre von den pactis adiectis haben vorzüglich abgehandelt *Io.* D'Avezan Contractuum libr. I. cap. 22. (in *Thes. Meermann.* T. IV. pag. 49.) *Hugo* Donellus in Commentar. ad L. 13. Cod. de pactis. *Ioseph. Fernandez de* Retes Opusculor. libr. II. Sect. IV. in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 157. seqq. *Ger.* Noodt de pactis et transaction. cap. XI. et XII. *Corn. van* Bynckershoek Diss. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adiectis. *Lugd. Batavor.* 1699. 8. *Io.* Voet in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5—8.

1) einem bonae fidei Contract sogleich bey Schließung desselben angehängt werden[84]). Denn nur so lange der

van WACHENDORFF Diss. de pactis nudis Cap. II. §. 9. (*Triad.* p. 508. sqq.) *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. XIX—XXIV. und Lib. XVIII. Tit. 1. Qu. XXX. et XXXI. und Sammlung der röm. Gesetze (Frankf. und Leipzig 1785.) S. 21. ff.

84) *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* Quinimo, interdum (pactum) *format ipsam actionem*, (d. i. es modificirt die Klage, gibt ihr eine andere Gestalt, als sie außerdem haben würde, so daß sie nun auf mehr oder weniger gerichtet werden kann, als sonst geschehen könnte, wenn der Contract ohne dieses pactum geschlossen worden wäre, wie *van* WACHENDORFF pag. 511. diesen Ausdruck richtig erklärt) ut *in bonae fidei iudiciis.* Solemus enim dicere, *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis* (d. i. sie sind in dem Contracte mit begriffen, und machen gleichsam einen Theil desselben aus. *L.* 72. *D. de contrah. emt.* NOODT a. a. O. cap. XI. pag. 409. in fin. et sq. und WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 33.) Sed hoc si accipiendum est: ut, *si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt*, etiam *ex parte actoris insint:* (d. i. wenn das pactum dem Contracte sogleich angehängt worden, so kann man darauf klagen, und zwar kommt hier dem Kläger die Hauptklage aus dem Contracte zu Statten. *Pactum enim dicitur contractui inesse* EX PARTE ACTORIS, sagt POTHIER in Pandectis Iustinian. T. I. h. t. N. XXXIV. not. b. pag. 75. *quum valet ad porrigendam actionem ex illo contractu descendentem ad ea, quae huic pacto continentur.*) ex intervallo, *non inerunt;* nec valebunt, *si agat:* ne ex pacto actio nascatur. (d. i. wenn hingegen das pactum erst einige Zeit nachher dem Contract beygefügt worden, so ist es nicht als ein Theil des Contracts anzusehen, sondern es ist ein pactum nudum, und bringt daher keine Klage hervor.) Eben so Kaiser Maximin in der

Hauptcontract noch nicht völlig abgeschlossen war, konnten die Nebenverträge als Theile desselben angesehen werden; so lange war es gleichsam ein Handel, und mithin ließ sich die Hauptklage auch mit auf das Nebenversprechen anwenden[85]). Ea enim pacta insunt contractui, sagt Ulpian[86]), quae legem contractui dant, id est, quae *in ingressu contractus* facta sunt. Wurde das pactum erst einige Zeit nach abgeschlossenem bonae fidei Contract ein-

L. 13. *Cod. h. t.* In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, *si in continenti fiat.* Nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit.

85) Es mußte also das pactum dem b. f. Contract angehängt seyn, noch ehe derselbe zur Richtigkeit gekommen, so daß es dem Contract eine gewisse Bestimmung gab, wie vorzüglich *Hug.* Donellus in Commentar. ad L. 13. Cod. h. t. nr. 3—8. Wissenbach in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 33. Wachendorff cit. Triad. Diss. pag. 510. und auch Hr. Prof. Weber in der syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 82. S. 381. gezeigt haben. Es behaupten indessen viele Rechtsgelehrten, daß, wenn das pactum sogleich nach abgeschlossenem b. f. Contract eingegangen worden, ehe noch die Partheyen auseinander gegangen oder zu einem andern Geschäft geschritten waren, solches nach römischem Recht noch als ein Theil des Contracts anzusehen gewesen, und die Contractsklage darauf gerichtet werden können; welches besonders *Ios. Fernandez de* Retes Opuscular. Lib. II. Sect. IV. Cap. I. n. 4. seqq. pag. 158. ausführlich darzuthun gesucht hat, dem auch Noodt de pactis cap. XI. pag. 509. Merillius Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 25. Bynckershoek cit. Diss. Cap. I. pag. 9. und Cocceji Iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. und Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 30. beypflichten.

86) *L.* 7. §. 5. *D. h. t.*

gegangen, so kam es nach röm. Rechte darauf an, ob solches **wesentliche Stücke des Contracts** betraf, oder **außerwesentliche Dinge, adminicula**, wie **Papinian**[87]) sagt, oder **naturalia** und **accidentalia** (§. 305.), wie die neuern Juristen reden. Im erstern Falle, wenn z. B. nach abgeschlossenem Kaufe noch eine besondere Verabredung über die Waare oder den Kaufschilling hinzugekommen, und dadurch in Ansehung des einen oder des andern eine Aenderung getroffen worden, so war der Vertrag dennoch verbindlich. Denn man kann ja, sagt **Ulpian**[88]), von dem Kaufe und andern bonae fidei Contracten gänzlich wieder abgehen, ehe der Contract erfüllet ist. Kann nun das ganze Geschäft aufgehoben werden, warum sollte man es nicht durch ein pactum ändern können? Ue-

87) *L.* 72. *D. de contrah. Emt.*

88) *L.* 7. §. 6. *D. h. t.* Adeo autem bonae fidei iudiciis *exceptiones postea factae*, (d. i. die nachher getroffenen Verabredungen, *exceptio* heißt also hier soviel als pactio. S. RAEVARDUS Lib. II. Varior. cap. 13. NOODT de pactis c. XI. cap. 512. und *Io. Guil.* MARCKAT Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. I. cap. 3. §. 1.) quae *ex eodem sunt contractu* (welche die Substanz des Contracts betreffen), insunt, ut constet, in emtione caeterisque bonae fidei iudiciis, *re nondum secuta*, posse abiri ab emtione. Si igitur *in totum* potest, cur non et *pars eius pactione mutari potest?* Et haec ita POMPONIUS *libro sexto ad Edictum scribit*. Quod cum est, etiam *ex parte agentis* pactio locum habet, *ut et ad actionem proficiat*, nondum re secuta, eadem ratione (d. i. das pactum gibt in diesem Falle auch ein Recht, auf etwas zu klagen, was sonst nicht in dem Contract liegt, wenn es nämlich geschlossen wird, ehe noch der Contract erfüllt ist.) Nam si potest tota res tolli, cur non et *reformari?*

bernahm daher ein Contrahent in einem solchen Vertrage eine Verbindlichkeit, die in dem Contract selbst nicht lag, z. B. der Kaufschilling wurde nachher durch Uebereinkunft der Partheyen erhöhet, so konnte aus dem pacto geklagt werden. Der Contract war in diesem Falle, wie Ulpian[89]) sagt, gleichsam erneuert, und umgeformt, oder eigentlich, wie Papinian[90]) sich richtiger ausdrückt, anstatt des ersten ein neuer Contract geschlossen. Ward hingegen durch das pactum einem der Contrahenten etwas von seiner Verbindlichkeit nachgelassen, die ihm nach dem Wesen des Contracts oblag, z. E. das Gut war für **9000** fl. verkauft worden, man setzte aber nachher in einem pacto das Kaufgeld nur auf **8000** fl. so war der Contract durch ein solches pactum zum Theil aufgehoben[91]), und der Con-

89) *L.* 7. §. 6. *cit. h. t.* ut quodammodo quasi *renovatus contractus videatur.* Cujacius lib. II. Observation. cap. 15.

90) *L.* 72. *pr. D. de Contrah. emt.* Si omnibus integris manentibus (d. i. ehe noch der Kauf vollzogen worden, also wenn die Sache noch nicht übergeben, und das Kaufgeld noch nicht bezahlt ist); de augendo vel diminuendo praetio rursum convenit, recessum a priore contractu, et *nova emtio intercessisse videtur.*

91) *L.* 7. §. 6. *D. h. t.* Unde illud aeque non reprobo, quod Pomponius *libris lectionum* probat, posse in parte recedi pacto ab emtione: quasi *repetita partis emtione.* Statt dieser letztern Worte, welche auch der Florentinische Codex enthält, will zwar *Corn. van* Bynckershoek Observat. Iur. Rom. Lib. V. cap. 25. gelesen haben: *quasi repetita parte emtionis.* Allein wenn man auch das Wort *repetita* durch revocata, oder rescissa erklärt, wie es in der *L.* 2. *D. de rescind. vendit.* und *L.* 14. *D. de Re iud.* vorkommt; so ist doch kein hinreichender Grund vorhanden, von der Florentinischen Leseart abzu-

trahent von der ihm nachgelassenen Verbindlichkeit ipso iure frey. Im letztern Falle endlich, wenn das pactum nur naturalia oder accidentalia contractus betraf, so wirkte es zwar keine Klage, in sofern sich der andere Contrahent noch zu etwas Besonderem verbindlich gemacht hatte (si pactum aliquid adjiceret contractui); es gab aber doch dem Beklagten eine Exception[92]). Wenn also z. B. nach völlig abgeschlossenem Kauf noch wäre ausgemacht worden, daß der ganze Handel nichtig seyn sollte, wenn das Kaufgeld nicht in dem bestimmten Termin bezahlt werden würde, so konnte der Verkäufer bey ausbleibender Zahlung nicht auf Rescission des Contracts klagen. Wäre hingegen festgesetzt worden, daß der Verkäufer keine Eviction leisten sollte, oder hätte der Käufer versprochen, daß er wegen heimlicher

gehen; indem *repetita partis emtione* nichts anders heißt, als: revocata, rescissa emtione partis eius, qua ab emtione receditur; wie KOEHLER in Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Lib. I. Cap. V. §. 3. pag. 32. aus einer Stelle des griechischen Scholiasten *Βασιλικῶν* Tom. I. pag. 754. A. erwiesen hat.

92) *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* Idem responsum scio a PAPINIANO: si post emtionem ex intervallo aliquid *extra naturam contractus* conveniat, (d. i. extra substantiam emtionis, wie Papinian sagt *L.* 72. *D. de contrah. Emt.* also wenn einige Zeit nach geschlossenem Handel noch etwas ausgemacht worden, das nicht zum Wesen des Contracts gehört) ob hanc causam *agi ex emto non posse*, propter eandem regulam, *ne ex pacto actio nascatur.* Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed *ex parte rei locum habebit pactum* (d. i. utile erit tribuendam reo exceptionem.) S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXXIV. Not. d. pag. 75. *quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

Mängel nicht aus dem Edict der Aedilen klagen wollte, und erster wurde dennoch auf die Gewährleistung belangt, oder letzterer stellte dennoch die actionem redhibitoriam oder quanti minoris an, so konnte sich der Beklagte mit der exceptione pacti schützen[93]). Eine solche Einrede konnte aber auch dem Contrahenten zuweilen in dem Falle zustehen, da er aus dem Nebenvertrage nicht klagen konnte, wenn er nämlich auf die Erfüllung des Contracts belangt wurde[94]). Z. B. der Verkäufer hatte nachher dem Käufer

93) Hierauf beziehet sich *L.* 31. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Pacisci contra Edictum Aedilium omnimodo licet: sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea.

94) *L.* 72. *pr. D. de contrah. emt.* Pacta conventa, quae postea facta *detrahunt aliquid emtioni*, contineri contractu videntur: *quae vero adiiciunt*, credimus non inesse. Quod locum habet in his, *quae adminicula sunt emtionis:* veluti ne cautio duplae praestetur; aut, ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. *Sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis, agente venditore.* Es ist wohl außer Zweifel, daß Papinian in diesen Worten von solchen Nebenverabredungen redet, die nicht die Substanz des Contracts, sondern nur Nebendinge, adminicula, betreffen. Es beweisen dieses nicht nur die von dem Rechtsgelehrten angeführten Beyspiele, sondern auch die noch nachher folgenden Worte: An idem dici possit, aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est: quoniam emtionis substantia constitit ex pretio. Mit Recht verwirft daher *Ant.* Faber in Rational. ad L. 72. cit. die Erklärung des Cujacius, welcher Lib. XIV. Observat. cap. 28. ganz anderer Meinung ist. Zwar hat *Osius* Aurelius de variant. Cujacii interpretat. Dispunct. XXV. (in *Thes. Ottonian.* Tom. III. pag. 758. sqq.) den Cujaz gegen *Em.* Merillius Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 25. zu ver-

noch versprochen, cautionem duplae durch Bürgen zu leisten, das ist — den doppelten Werth zu ersetzen, wenn etwa die Sache dem Käufer evincirt werden würde; hier konnte zwar der Käufer nicht auf die Erfüllung des Versprechens klagen, weil dieses pactum, um mit Papinian zu reden, dem Contract etwas adjicirte, was nicht zur Substanz des Contracts gehörte; allein klagte der Ver-

theidigen gesucht. Allein man sehe vorzüglich Noodt de pactis cap. XI. pag. 511. Papinian unterscheidet nun hier, ob das pactum, wodurch noch nach abgeschlossenem Kauf in Nebensachen des Contracts eine besondere Bestimmung gemacht worden, ein pactum adjiciens, d. i. ein solches pactum ist, wodurch dem einen Contrahenten noch eine neue Verbindlichkeit ist aufgelegt worden, oder ob es ein pactum detrahens ist, wodurch nämlich ihm eine Verbindlichkeit, die ihm sonst vermöge des Contracts würde obgelegen haben, ist abgenommen worden. In dem ersten Falle sagt Papinian: pactum non inest contractui, d. i. es kann nicht als ein Theil des Contracts angesehen, mithin die Klage, welche aus dem Hauptcontract entspringt, auf einen solchen Nebenvertrag nicht ausgedehnt werden. Im letztern Falle hingegen sagt Papinian, pactum contineri contractu, d. i. es gibt dem Beklagten eine Exception, welche nach der Regel: exceptiones bonae fidei iudiciis insunt, (*L.* 3. *D. de resc. vendit.*) auch noch bey dem Judex Pedaneus vorgeschützt werden konnte, wie Noodt de pactis cap. XI. pag. 512. ganz richtig bemerkt hat. Uebrigens ist dieses Gesetz besonders erläutert in *Bereng.* Fernandi Comment. in L. 72. D. de contrah. emt. *Francof.* 1617. 8. und *Aegid.* Hortensii Comm. in eand. L. *Francof.* 1602. Man vergleiche auch *Lud.* Charondae *Πειδανῶν* seu Verisimil. Lib. III. cap. 11. (in *Thes. Ottonian.* Tom. I. pag. 786. sq.) und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht- und Mieth-Contract. §. 660.

käufer wider ihn auf die Bezahlung des Kaufgeldes, so konnte jenes pactum dem Käufer wenigstens eine Einrede wider die Klage verschaffen [95]). Ein anderes war, wenn der Nebenvertrag, wodurch dem bereits abgeschlossenen Contract etwas hinzugethan wurde, im Grunde einen andern Hauptcontract ausmachte, dann konnte wenigstens die aus dem letztern entspringende Klage angestellt werden. Einen solchen Fall hat Hermogenian [96]). Wenn z. B. in dem Nebenvertrage wäre ausgemacht worden, daß der Verkäufer das verkaufte Grundstück im Pacht behalten solle, so kann zwar, wenn dieser Vertrag dem Kaufcontract sogleich bey Schließung desselben beygefügt worden, ex vendito geklagt werden, wenn der Käufer den Verkäufer hindern wollte, das Grundstück zu bestellen, und die Früchte einzuernten; allein der Vertrag würde dennoch auch eben so verbindlich seyn, wenn er erst einige Zeit nachher geschlossen worden wäre, weil er als ein Pachtcontract für sich bestehen, und daraus actione conducti geklagt werden kann [97]).

Was ist nun aber Rechtens, wenn einem stricti iuris Contracte ein pactum angehängt wurde? Darüber sind die Ausleger des römischen Rechts noch nicht einig. Einige behaupten, daß in Absicht auf die angehängten Verträge kein Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Con-

95) *Ant.* Schulting in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 7.

96) *L. 75. D. de contrah. emt.* — Qui fundum vendidit, *ut cum certa mercede conductum habeat,* vel simile quid paciscatur, ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit.

97) S. *Ios.* Finestres in Hermogeniani Epitomar: iuris Libr. VI. Commentar. ad L. cit. 75. D. de contrah. Emt. §. 3. pag. 451.

tracten sey, sondern dieselben auch bey den letztern eine Klage gewirkt hätten, wenn sie nur der Stipulation sogleich und unmittelbar wären beygefügt worden [98]). Andere hingegen läugnen dieses schlechterdings, welches auch wohl der Rechtsanalogie gemäßer zu seyn scheint, weil die **actio ex stipulatu**, deren wesentliches Fundament hier in der feyerlichen Formel bestand, auf die simplen Nebenverträge gar nicht anwendbar war [99]). Nur darüber ist man noch im Zweifel, ob ein solches **pactum**, das einem **stricti iuris** Contract gleich Anfangs beygefügt worden, **ipso jure** gegen die Klage geschützt, oder nur eine Exception gewirkt habe. Das Letztere behauptet vorzüglich Cornelius van Bynkershök [100]), dem hierin mehrere beygetreten sind [1]); ich halte

98) *Lud.* Charondas *Πειδανῶν* s. Verisimil. L. II. Cap. 9. (*Thes. Ottonian.* Tom. I. pag. 752. sqq.) *Em.* Merillius Observation. Lib. III. Cap. 24. *Io. Matth.* Magnus Rationum et Differentiar. iuris civ. L. I. cap. 4. (*Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 270.) *Ger.* Noodt de pactis cap. XII. pag. 518. und besonders *Ios. Fernandez de* Retes Opusculor. Lib. II. Sect. IV. Cap. 2. (*Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 159. sqq.)

99) Nihil enim ex stipulatione potest deberi, quod stipulatione non contineatur, seu quod stipulationis pars non sit, sagt *Hugo* Donellus in Commentar. ad L. 13. C. de Pactis nr. 12. p. 57. Man sehe auch *de* Cocceji Iur. civ. controv. h. t. Quaest. 20. *Io. Guil.* Marckart Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. II. §. 1. und Webers Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 82. S. 381.

100) Lib. sing. ad L. Lecta 40. D. de rebus credit. Cap. 10. und in Diss. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adjectis.

1) *Ev.* Otto in Praefat. ad Tom. V. Thes. Iur. Rom. pag. 10. *van* Wachendorff cit. Diss. de pactis nudis Cap. II. §. 9. (in

aber das Erstere für richtiger[2]). Alles kommt hier auf die Erklärung der famösen L. Lecta 40. D. de Reb. credit. an, welche ihrer Schwierigkeit wegen von den Rechtsgelehrten unter die leges Pandectarum damnatas gezählet wird[3]). Der Fall, den Paulus darin vorträgt, war bey dem Präfectus Prätorio Aemilius Papinianus[4]) vorgekommen,

Triad. Dissertat. pag. 515.) COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

2) Eben so *Io.* D'AVEZAN Contractuum L. I. cap. 22. VOET in Commentar. ad Pandectas h. t. §. 7. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 10. *Iac.* VOORDA Elector. libro sing. Cap. XIX. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. Imae Digestor. h. t. §. 9. u. a. m.

3) S. *Corn. van* ECK Comment. de septem damnatis legibus Pandectarum s. crucibus ICtorum rec. *Halae* 1766. Cap. II. *Io. Phil.* HAHN Disp. ad leges damnatas. *Moguntiae* 1748. Analys. II. Außer diesen haben über das gedachte Gesetz geschrieben *Guil.* BARCLAJUS Commentar. ad Tit. Pand. de reb. creditis, (in *Thes. Ottonian.* T. III. pag. 893. sqq.) *Matth.* STEPHANI in Diss. ad verum L. Lecta D. de reb. credit. intellectum. *Gryphiswald.* 1636. *Hieron.* GROSLOTIUS Commentar. in L. Lecta (Tom. V. *Thes. Ottonian.* pag. 31.) *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 4. und vorzüglich *Corn. van* BYNKERSHOEK cit. libr. sing. ad L. Lecta 40. D. de R. Cred. *Lugd. Batavor.* 1699. 8.

4) *Lecta est*, heißt es gleich im Anfange der *L.* 40. *in auditorio* AEMILII PAPINIANI, *Praefecti Praetorio, Iurisconsulti cautio huiusmodi*: die Praefecti praetorio, ursprünglich blos Commandeurs der kaiserlichen Garde, erhielten bekanntermaßen unter Antonin, dem Philosophen, die Gewalt der ersten Staatsminister, und sprachen im Namen des Kaisers sowohl in bürgerlichen als peinlichen Fällen Recht. Ihr Tribunal wird

in dessen Tribunal **Paulus** selbst Assessor war. Er war folgender. **Lucius Titius** hatte seinem Gläubiger dem **Publius Mävius** eine Handschrift ausgestellt, worinn erster bekannte, eine Summe von 15000 Denarien als ein Anlehn von dem letzteren erhalten zu haben, welche ihm aus des Gläubigers Chatoulle richtig ausbezahlt worden wäre [5]). Es war dabey Anfangs stipulirt worden, daß die dargeliehene Summe sogleich am ersten Tage des nächstfolgenden Mo-

auditorium genannt, und die berühmtesten Rechtsgelehrten waren hier Beysitzer. *L.* 3. §. 3. *D. de Usur.* S. *Aug.* CAMPIANUS de officio et potestate magistratuum Rom. p. 128. sqq. Das Wort *Iurisconsulti* beziehet sich nicht sowohl auf **Papinian**, sondern, wie HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Lib. XII. §. 2. zeigt, auf cautio. Der Sinn also ist: es wäre in dem Gerichtssaal des Präfectus Prätorio, Aemilius Papinianus, eine gewisse von einem Rechtsgelehrten abgefaßte **Schuldverschreibung** (cautio) folgenden Inhalts verlesen oder vorgetragen worden.

5) Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio *quindecim mutua*, numerata mihi *de domo*. *Quindecim* soll hier wahrscheinlich soviel als quindecim millia denariorum bedeuten. Daß hier von **Denarien** die Rede ist, erhellet aus dem nachfolgenden pacto. Sonst hat *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris L. I. cap. 24. nr. 4. nicht unrecht, wenn er bemerkt, daß unter *decem*, *quindecim*. *centum* etc. soviel tausend Sestertien zu verstehen sind. *De domo* ist hier soviel als ex arca. *L.* 26. *D. de constit. pecun.* und wird der *numerationi de mensa* entgegengesetzt, wenn man das Geld bey einem Argentarius (Banquier) aufnahm, welches auch *mensae scriptura* genannt wurde. Von dieser numeratione de mensa sowohl als de domo handelt ausführlich *God. Lud.* MENCKEN in Diss. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numaratae pecuniae. *Lips.* 1749. §. 2—7.

nats promt, und in eben so guten Münzsorten, als der Schuldner erhalten, wiederbezahlt [6]), bey ausbleibender Zahlung hingegen das Capital verzinset, und zwar, von dem Tage des eingetretenen Verzugs an, jeden Monat so lang, bis die Schuld bezahlt seyn würde, von jedem Hundert ein Denarius zur Strafe entrichtet werden sollte [7]). Allein gleich nach Errichtung der Stipulation besinnen sich die Partheyen eines andern, und werden mit einander eins, daß Titius die ihm geliehene Summe nicht auf einmel, sondern Monatsweise in einzelnen Posten wieder bezahlen, und zwar

6) Haec quindecim proba *recte dare Calendis futuris* stipulatus est Publ. Maevius, spopondi ego Lucius Titius. Die Worte *recte dari* drücken die gewöhnliche Clausel bey Verträgen und Schuldverschreibungen aus, welche in der *L.* 71. §. 1. *D. de Verb. Signif.* erklärt wird. Heut zu Tage sagen wir treulich, sonder Gefährde. *Calendis futuris* d. i. proximis *L.* 41. *D. de verb. Obligat.*

7) Si die supra scripta summa Publio Maevio sive, ad quem ea res pertinebit, (i. e. *heredi aut cessionario*) data, soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, (i. e. *praeter et supra sortem*) quo post solvam, (i. e. *quoad usque sortem integram persolvero*) poenae nomine (i. e. *usuram morae L.* 90. *D. de V. O.*) in dies triginta, (i. e. *in singulos menses: L.* 101. *D. de R. I.* Denn die Zinsen wurden alle Monate bezahlt. *L.* 90. *D. de V. O. L.* 8. §. 4. *D. de Transact. L.* 26. *D. Depos.* Daher die tristes Calendae bey HORAT. Sat. 3. v. 86.) inque denarios centenos denarios singulos dari, stipulatus est P. Maevius, spopondi ego L. Titius. Diese letzteren Worte enthalten eine Beschreibung der usurae centesimae. Denn wenn von hundert Denarien alle Monate ein Denarius an Zinsen bezahlt wurde, so machte dieß im ganzen Jahr zwölf Prozent.

jeden Monat 300 Denarien vom Capital abtragen sollte[8]). Titius hatte nun in den gesetzten Terminen mit der Bezahlung der Schuld nicht inne gehalten, es war also die Frage, wie viel derselbe an Zinsen des Verzugs zu bezahlen schuldig sey? Konnte der Gläubiger von dem ersten des Monats an, da vermöge der Stipulation die Wiederbezahlung des Capitals geschehen sollte, Zinsen der ganzen Summe, oder konnte er nur von einer jeden einzelnen Post, welche vermöge der letztern Verabredung alle Monat mit 300 Denarien hätte abgetragen werden sollen, die Zinsen zu zwölf Prozent verlangen[9])? Die Gerichtsbeisitzer waren bey Entscheidung dieser Frage verschiedener Meinung. **Paulus** trägt zuerst seine Meinung vor, welche dahin gehet[10]): der Schuldner müsse zwar von dem ersten des Monats an,

8) Convenitque inter nos, uti *pro Maevio* ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius. Die Haloandrinische Leseart *Publ. Maevio*, statt pro Maevio, scheint hier allerdings richtiger zu seyn.

9) Quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Man streitet darüber, wie viel Monate in dem gegenwärtigen Falle verstrichen gewesen. S. Bynkershoek ad h. L. Cap. 9. Allein der Streit ist unnütz, genug, die dem Schuldner zur Zahlung gesetzten Termine waren verstrichen.

10) Dicebam, quia *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, perinde esse ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. Igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere; nec ante sortis non solutae pecuniae pensionis crescere; nec ante sortis non solutae usuras peti posse, quam ipsa sors peti poterat,

da mit Bezahlung der Schuld der Anfang gemacht werden sollte, Zinsen bezahlen, allein nicht vom ganzen Capital, sondern nur von so viel einzelnen Posten, als Termine **post Calendas primas** verstrichen sind. Also nach Ablauf des ersten Monats die Zinsen von den ersten dreyhundert Denarien, welche **Calendis primis** hätten bezahlt werden sollen, und eben so nach Verlauf des zweyten und dritten Termins von den in diesen Terminen nicht gehörig bezahlten Posten. Es verstehe sich auch, daß die Zinsen von den ältern Posten fortlaufen, wenn die spätern zahlbar werden, dergestalt, daß wenn die zweyte Post gefällig wird, und die erstere noch nicht bezahlt ist, nun von dieser zweifache Zinsen, nämlich von dem ersten und zweyten Termin, gegeben werden müssen, und so schwellen die Zinsen der ältern Posten immer mehr an, je länger sie unbezahlt bleiben. Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende: 1) sey es eine Regel: **pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur.** Vermöge dieser Regel müsse man also annehmen, als wenn gleich Anfangs stipulirt worden, daß Titius die schuldige Summe Monatsweise und in einzelnen Terminen und Posten bezahlen solle, derselbe auch sich auf den Fall, da die Bezahlung in den bestimmten Terminen nicht gebührend erfolgen würde, zu den Zinsen des Verzugs in Ansehung derselben verbindlich gemacht hätte. Hierzu komme 2), daß wegen eines nicht bezahlten Capitals eher nicht Zinsen gefordert werden können, als bis das Capital selbst zahlbar ist. Wäre es nun bey der erstern Stipulation geblieben, und Titius hätte **primis Calendis** die Schuld nicht wieder bezahlt, so hätte freylich Mävius sogleich auf die Bezahlung des ganzen Capitals klagen, und von so viel Monaten, als über den Zahlungstermin verstrichen sind, Zinsen vom ganzen Capital

verlangen können. Allein nun sey ja dieser Stipulation in continenti das pactum beygefügt worden, vermöge dessen der Schuldner das Capital nicht ganz und auf einmal, sondern in einzelnen Terminen, und zwar jeden Monat nur dreyhundert Denarien bezahlen sollte. Konnte nun also der Gläubiger vermöge dieses pacti nicht gleich auf das ganze Capital klagen, sondern nur auf soviel einzelne pensiones, als verfallen waren, so kann er ja auch nicht die Interessen des ganzen Capitals fordern, so lange nicht das ganze Capital verfallen ist. Nam ubi sortis petitio non est, ubi nec usurarum petitioni locus est[11]). Diese Meinung des Paulus blieb jedoch nicht außer Widerspruch. Man wendete ihm ein, 1) das pactum betreffe nur die Wiederbezahlung des Capitals, von Zinsen enthalte es nichts, es müsse also in Ansehung derselben bei erster Stipulation schlechthin verbleiben. 2) Wirke auch das pactum, welches einer Stipulation angehängt worden, nicht ipso iure, sondern gebe nur eine Exception, womit der Schuldner sich gegen die Klage schützen könne. Hieraus folge, daß Titius vermöge der Stipulation sogleich mit Ablauf des ersten Zahlungstermins Zinsen des ganzen Capitals schuldig geworden sey, gegen deren Lauf ihn keine Exception habe schützen können, weil diese nicht auf die vergangene Zeit zurückwirke, sondern dem Schuldner erst von der Zeit an nütze, da er sie in den Gerichten opponirt[12]). Diesen Einwürfen begegnet nun

11) *L.* 69. §. 2. *L.* 77. *D. de iure dot.*

12) Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant, ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesse. Et ideo non soluta pecunia

Paulus folgendergestalt: ad 1) Zinsen richten sich nach dem Capital. Da nun durch den angehängten Vertrag die Bezahlung des Capitals aufgeschoben und auf Tagezeiten gesetzt worden, so sey hierdurch auch die vorhergegangene Stipulation wegen der Zinsen dergestalt modificirt worden, daß letztere nur nach Maasgabe des eintretenden Verzugs zu laufen hätten anfangen können. Konnte also ein Verzug in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals **proximis Calendis** nicht sogleich eintreten, **propter exceptionem pacti**, so habe auch nicht gleich vom Ablauf des erstern Zahlungstermins an eine Verbindlichkeit, Zinsen vom ganzen Capital zu bezahlen, daseyn können. ad 2) Wirke ein solches **pactum**, wodurch die **obligatio stipulationis**, wie in dem gegenwärtigen Fall, vermindert wird, sofern es **in continenti** beygefügt worden, allerdings **ipso iure**; diese Meinung habe wenigstens vor dem Rigeur des Rechts jederzeit den Vorzug behauptet; weil es nicht vom Beklagten abhängt, wenn er belangt seyn will, um die ihm zustehende Einrede vorschützen zu können[13]). Gesetzt aber, man woll-

statutis pensionibus, ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Unter den *quidam dicebant* sind unstreitig die übrigen Beysitzer des Papinianeischen Tribunals zu verstehen, die der Meinung des Paulus widersprachen. Es ist daher nicht nöthig, mit Haloander **dicebat** zu lesen, wie **Bynkershoek ad L. Lecta Cap. XII.** zeigt. Ein vorzüglicher Gegner des Paulus scheint Ulpian gewesen zu seyn. Vielleicht war auch Papinian selbst anderer Meinung. S. **Zepernick Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatarum auctoritate, fori disputationis nobilissima specie §. XVII. apud Siccama de iudicio centumvirali pag. 371.**

13) *L. 5. §. fin. D. de doli mali et met. except.*

te auch zugeben, daß das der Stipulation angehängte pactum nur eine Exception wirke, so könne doch ohnmöglich eine Verbindlichkeit zur Zinszahlung *ipso iure* eintreten, ohne daß der Schuldner in mora ist. Nun sey aber Titius nicht gleich mit Ablauf des ersten Zahlungstermins in mora gewesen, das ganze Capital zu bezahlen, weil derjenige nicht in mora ist, der sich mit einer Exception schützen kann, wenn wider ihn auf die Bezahlung des ganzen Capitals geklagt werden wollte, das er auf einmal zu bezahlen nicht schuldig ist[14]). Es hätte zwar, setzt Paulus, um allen Mißverstand zu verhüten, noch hinzu[15]), allerdings ausgemacht werden können, daß wenn der Schuldner in einem

14) Dieß ist der Sinn folgender Worte: Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si, ut *ille* putabat, *ad exceptionem tantum prodesset pactum*, (quamvis sententia diversa obtinuerit) tamen usurarum obligatio *ipso iure* non committetur: non enim *in mora* est is, *a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*. Paulus braucht hier Gründe, gegen die sein Gegner unmöglich etwas weiter einwenden konnte. Denn Ulpian selbst, welcher der *Ille* seyn soll, sagt, *L.* 21. *D. de Usuris:* Moram factam non videri, si exceptio aliqua allegetur. Nun enthielt ja die stipulatio usuraria die Bedingung, si mora fiat, welcher aber post primas Calendas, in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals, nicht existirte. S. Bynkershoek ad L. L. Cap. XIII. in fin.

15) Sed si quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, *cum conditio exstiterit*, sicut est in fructibus, idem et in usuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, *quo* competit usurarum nomine, *ex die interpositae stipulationis* praestetur. Statt quo competit ist wohl mit Haloander richtiger *quod competit* zu lesen.

Termin mit der Bezahlung ausbleiben würde, die Zinsen vom ganzen Capital der Stipulation gemäß bezahlt werden sollten; denn man kann sich ja bei einer Summe, die mir Jemand unter einer Bedingung zu bezahlen schuldig ist, versprechen lassen, daß wenn die Bezahlung nicht mit dem Tage, da die Bedingung existirt, erfolgen würde, der Schuldner sodann die Zinsen von Zeit der errichteten Stipulation an bezahlen solle[16]). Allein ein solcher Vertrag sey ja auch in dem gegenwärtigen Falle nicht geschlossen worden. Aus dieser Erklärung ergibt sich nun, 1) daß in der L. 40. nach der Beschaffenheit des darin entschiedenen Rechtsfalles weder die Frage davon habe seyn können, ob ein pactum, das einem stricti iuris Contracte in continenti beygefügt worden, eine Klage wirke, noch weniger aber solches vom Paulus behauptet worden sey[17]), daß aber 2) ein solches pactum, wenn es, wie in dem Falle dieses Gesetzes, liberatorium ist, mehr als eine bloße Exception wirke, indem vielmehr die Hauptverbindlichkeit dadurch dergestalt modificirt wird, daß die Wirkung desselben keine andere seyn kann, als welche durch das pactum adjectum ist festgesetzt worden, nicht anders, als wenn gleich Anfangs die Stipulation nur darauf gerichtet gewesen wäre[18]).

16) Diesem ist die *L.* 17. *pr. D. de Usur.* nicht entgegen, wie Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 19. *Io. Ortw.* Westenberg in Divo Marco Diss. XXX. (*Operum* Tom. 3. pag. 284. sqq.) und Püttmann Interpretat. et Observation lib. sing. Cap. XXIV. §. 2. pag. 111. gezeigt haben.

17) S. *Iul.* Bacius *Εναντιοφανῶν* s. Legum conciliat. Centur. IX. Qu. 45.

18) Nihil enim interest, sagt Paulus an einem andern Orte *L.* 112. *D. de Reg. iur.* ipso iure quis actionem non habeat,

Hiernächst wird 3) zur Rechtsbeständigkeit der Nebenverträge nach römischem Rechte weiter erfordert, daß selbige dem Wesen des Hauptgeschäfts, dem sie beigefügt worden sind, nicht zuwider seyn dürfen[19]). Denn solche Nebenverträge begründeten keine Klage, deren Inhalt mit der Natur des Hauptcontracts, so wie solche in den bürgerlichen Gesetzen bestimmt war, nicht überein kam, weil sie an sich keinen eigenen Rechtsbestand hatten. Dahin gehört z. B. das Versprechen der Zinsen beym Darlehn[20]); ferner der Vertrag, daß ein socius allen Gewinn allein haben, der andere aber allen Verlust allein tragen solle[21]); ingleichen daß eine Societät oder Gemeinschaft nur mit Einwilligung aller Interessenten aufgehoben werden solle[22]), nicht minder die Verabredung, daß ein sogenanntes precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wieder gefordert werden dürfte[23]) u. d. m.

an per exceptionem infirmetur. Man sehe auch EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 20. Not. w. pag. 238.

19) S. NOODT de pactis Cap. XI. pag. 513. und Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 81. u. 82.

20) Ein solches Versprechen der Zinsen beym Darlehn war der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti, nach röm. Rechtsbegriffen zuwider, es mußte also durch Stipulation eine nova obligatio begründet werden. *L.* 1. 3. 4. *et* 7. *Cod. de Usuris* *I. H.* BOEHMER D. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticae (*Exercitat. ad Pandect.* T. IV.) §. 10. sqq.

21) *L.* 29. §. 2. *D. pro socio.*

22) *L.* 14. *L.* 70. *D. eodem.*

23) *L.* 12. *D. de precario.* Cum precario aliquid datur, si convenit, *ut in Calendas Iulias precario possideat,* nunquid ex-

Zu den klagbaren Verträgen gehören **II. pacta legitima**, welche durch besondere Civilgesetze namentlich bestätiget worden sind [24]). Beispiele sind das Versprechen eines Brautschatzes, oder das Versprechen, daß man einem andern etwas schenken wolle; ferner wenn mir eine Stadt Geld dargeliehen, und ich ihr Zinsen davon versprochen hatte [25]); oder wenn ich einem Getreide vorgestreckt, und mir davon Zinsen versprechen lassen [26]). Endlich

III. die **pacta praetoria**, aus welchen der Prätor eine Klage gab. Dahin gehörte z. B. das **pactum hypothecae**, das **constitutum**, das **pactum de iureiurando**, wovon zu seiner Zeit gehandelt werden wird.

ceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

24) Paulus sagt in der *L.* 6. *D. de pactis*, LEGITIMA CONVENTIO est, quae lege aliqua confirmatur. Es ist also wohl außer Zweifel, daß es zu Paulus Zeiten schon pacta legitima gegeben habe, die eine Klage producirten, wie gegen *Ant.* FABER in Rational. in Pand. VINNIUS de pactis cap. IV. n. 2. et 3. erwiesen hat. In einer andern Bedeutung wird der Ausdruck legitima conventio von Ulpian in der *L.* 5. *D. h. t.* genommen, daher diese Stelle mit der angef. *L.* 6. sehr unschicklich von den Compilatoren der Pandecten verbunden worden ist. Uebrigens will NOODT de pactis cap. XIII. pag. 520. unter der LEGE in der *L.* 6. *D. h. t.* auch Edictum Praetoris verstehen, und beruft sich auf *L.* 1. §. 2. *D. Unde cognati.*

25) *L.* 30. *D. de Usuris.*

26) *L.* 12. *Cod. eod.*

§. 312.

Wirkungen der bloßen Verträge nach römischen und teutschen Rechten.

Wenn nun gleich pacta nuda nach dem römischen Rechte keine Klage wirkten, so begründeten sie doch eine natürliche Verbindlichkeit, welche nicht ohne alle gerichtliche Wirkung war. Denn da schon die natürliche Billigkeit erfordert, daß man seine Verträge halte, so gab der Prätor eine Einrede, wenn man dem Vertrag zuwider von dem andern etwas forderte [27]). Es konnte auch die aus einem bloßen Vertrage entstehende natürliche Verbindlichkeit durch ein Constitutum, oder durch Bürgen, oder Pfand bestärkt werden [28]). Es hatte ferner wegen derselben eine Novation, Compensation und das Zurückhaltungsrecht Statt [29]); und was man vermöge eines solchen Vertrags einmal bezahlt, oder gegeben hatte, konnte nicht als ein indebitum zurückgefordert werden [30]).

Heutiges Tages ist man nun zwar darüber ziemlich einverstanden, daß in unsern Gerichten die rechtliche Wirkung der Verträge von jenem römischen Unterschiede zwischen blossen Verträgen und Contracten nicht abhängig sey [31]), und

27) *L.* 1. *pr.* *L.* 7. §. 7. *L.* 27. §. 6. *L.* 41. *D.* *h.* *t.*

28) *L.* 1. §. 7. *D. de constit. pecun.* *L.* 6. §. 2. *L.* 7. *D. de fideiuss.* *L.* 5. *D. de pignor. et hypoth.* *L.* 4. *C. de usur.*

29) *L.* 1. §. 1. *D. de novat.* *L.* 6. *D. de compensat.*

30) *L.* 19. *pr.* *D. de condict. indeb.* *L.* 3. *Cod. de Usur.* *Ant.* SCHULTING in Prot. h. t. §. 3.

31) Man vergleiche vorzüglich *Enn. Rud.* BRENNEYSEN Diss. de inutilibus pactorum iuris Rom. divisionibus in foris Germaniae.

es sind mir nur wenig Rechtsgelehrten bekannt, welche in der allgemeinen Reception des römischen Rechts einen Grund für dessen Anwendbarkeit auch in dieser Materie zu finden glaubten[32]), deren Meinung jedoch von andern[33]) schon hinlänglich widerlegt worden ist. Nach teutschen Rechten ist daher jeder Vertrag verbindlich, welcher von Personen, die sich in Ansehung ihrer Güter und Handlungen verbindlich machen können, über einen erlaubten Gegenstand, worüber von Privatpersonen Verträge geschlossen werden dürfen, frey von Zwang und List ist eingegangen

Halae rec. 1724. *Guil. Hieron.* Brückner Diss. de vi pactorum nudorum hodierna eiusque vero fundamento. *Ienae* 1721. *Laur. Andr.* Hamberger Diss. de non usu stipulationum usuque pactorum in foris Germaniae. *Ienae* 1714. *Gebh. Christ.* Bastineller D. de actione ex quocunque pacto moribus data. *Vitemb.* 1718. Leyser Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. Meditat. 4. Stryck Us. mod. Pandect. h. t. §. 1. sqq. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit III. Th. 1. Hptst. 5. Kap. S. 349. f. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 184. Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 83. folg. Emminghaus in Not. ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. Not. m. pag. 226.

32) J. W. *Henr.* Bodinus in vindiciis pactorum iuris Rom. ad demonstrandum, nec hodie ex nudo pacto actionem competere. *Halae* 1696. *Frid. Ulr.* Pestel in Diss. qua adseritur aequitas doctrinae Romanorum de pactis nudis. *Rintelii* 1748. *Pet.* Müller in Notis ad Struvii Syntagm. iur. civ. Exerc. VI. §. 17. not. β. und *de* Selchow in Element. iuris german. privati hod. [§. 580.] §. 460.

33) Griesinger von der Verbindlichkeit der Verträge 1. B. 5. Kap. §. 13. S. 62. ff. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. c. l. Weber a. a. O.

worden, und unter dieser Voraussetzung gibt es heut zu Tage kein Versprechen mehr, welches im römischen Sinn ein pactum nudum wäre; so wie es denn auch besonders in Absicht auf Nebenverträge gleichviel ist, ob sie gleich Anfangs mit dem Hauptgeschäft verbunden, oder in der Folge erst geschlossen worden sind. Allein darüber streitet man noch, aus welcher Quelle eigentlich die heutige Verbindlichkeit der bloßen Verträge herzuleiten sey? Ob nun gleich Leysers Meinung, welcher die heutige allgemeine Klagbarkeit der Verträge aus dem neuern römischen Rechte herzuleiten suchte[34]), in unsern Tagen wohl nicht leicht mehr einen Vertheidiger finden dürfte, nachdem schon andere[35]) sehr einleuchtend gezeigt haben, daß Kr. Leo in der Constitution[36]), woraus Leyser seine Meinung beweisen wollte, nur die feyerlichen Formeln bey den Stipulationen, aber keineswegs den Unterschied zwischen Stipulationen und pactis nudis selbst, aufgehoben habe; so hat doch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten von jeher mehr Anhänger gefunden, welche in dem canonischen Rechte den Grund von der heutigen Gültigkeit der bloßen Verträge zu finden geglaubt haben[37]). Allein so gern ich auch denen beystimme, welche behaupten, daß nach dem canonischen Rechte ein bloßer Vertrag eine Klage begründe[38]), indem

34) Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. medit. 5.

35) Man vergleiche außer Voorda und Emminhaus, welche schon Not. 78. S. 257. angeführt worden. *Io. Lud.* Schmidt lib. sing. de fideiussore plane non obligato Sect. I. §. 14. et 15. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 811. und Müller in Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. 2. Obs. 152.

36) *L.* 10. *Cod. de contrah. stipulat.* §. 1. *I. de Verbor. Obligat.*

37) Dieser Meinung sind Carpzov P. II. Constit. XIX. Definit. 17. nr. 7. Struv Decis. Sabbath. I. cap. 2. Rittershusius Different. iur. civ. et canon. Lib III. cap. I. *Matth.* Stein Dissonant. iuris civil. et canon. circa pacta Cap. I. §. 1. Coccejus Iur. civ. Controv. h. t. Qu. X. in fin. u. a. m.

38) S. Stryck Us. mod. Pandectar. h. t. §. 2. und besonders *I. H.* Boehmer Iur. Eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XXXV. §. 6.

dieses Recht überall auf die genaueste Beobachtung der Verträge dringt, und doch nirgendswo der Stipulation gedenkt, wodurch man nach dem römischen Rechte einem bloßen Vertrage die Klagbarkeit zu verschaffen suchte [39]); so wenig kann ich mich doch davon überzeugen, daß die Verträge bei den Teutschen erst mit der Einführung des canonischen Rechts verbindliche Kraft erhalten haben sollten. Bey den Teutschen behauptete vielmehr von jeher jeder Vertrag seine eigenthümliche verbindende Kraft, und es kannten dieselben vor der Aufnahme des römischen Rechts den Unterschied zwischen Contracten und bloßen Verträgen noch gar nicht [40]). Nicht nur die Zeugnisse der klassischen Schriftsteller [41]) sprechen von ihrer Treue und Beharrlichkeit, welche sie in ihren Vertägen und Zusagen beobachteten, sondern ihre Gesetzbücher selbst überzeugen uns davon [42]). Daher das Motto

39) *Cap.* 1. *et* 3. *X. de Pactis.* Merkwürdig ist es, daß nach dem Cap. 1. cit. der Bischoff Antigonus vor der afrikanischen Synode als Kläger auftrat, und verlangte, daß Optantius, mit dem er wegen seiner Diöcesanrechte paciscirt hatte, angehalten werde, dem Vertrage nachzuleben. Merkwürdig ist es ferner, daß die Synode diesen Streit blos aus dem Gesichtspuncte, daß Verträge gehalten werden müßten, entschied. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur. Anderer Meinung sind zwar *Ian. a* Costa in Summar. et Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. I. Tit. XXXV. pag. 224. sq. *Casp.* Ziegler in Praelect. publ. in Decretales pag. 3. sqq. Gonzalez Tellez in Comm. ad cap. 1. X. de pactis, und *Io. Car. van* Wachendorff D. de pactis nudis Cap. III. (*Triad. Dissertation.* pag. 553. sqq.) Allein die Gründe derselben sind schon vor andern hinlänglich widerlegt worden. S. Griesinger in der Abhandlung von der Verbindlichkeit der Verträge 1. Buch 4. Kap. §. 10. S. 42. ff.

40) Griesinger in der angef. Abhandlung 1. Buch 5. Kap. §. 11. u. 12.

41) Tacitus *Annal.* lib XIII. c. 54. und de mor. Germ. cap. 24. Gebauer Prog. de alea et fide vet. Germanor. *Goett.* 1741.

42) S. *LL. Wisigoth.* Lib. II. Tit. V. §. 1. sqq. *Baiuvar.* Tit. XV. c. 13. *Longob.* lib. III. Tit. 38. *Capit. Reg. Francor.* Lib. VI. §. 149. S. auch J. H. Böhmers Anmerkung von der alten

des biedern Teutschen: ein Wort ein Wort; ein Mann ein Mann[43]). Ob nun gleich die Teutschen mit Einführung des römischen Rechts den Unterschied zwischen Verträgen und Contracten kennen lernten, so fanden sie dennoch das feine Gewebe der römischen Rechtstheorie mit der teutschen Redlichkeit und Simplicität nicht vereinbarlich; man blieb also dem altteutschen Grundsatze treu, daß jede Convention schon an sich verbindlich sey, und eine Klage wirke, unbekümmert, ob man sie einen Contract oder Vertrag nennen wolle. Noch die Rechtsversammlungen des mittlern Zeitalters[44]) lehren uns: was einer gelobet, das soll er stet halten, und die spätern teutschen Gesetzgeber bestätigen die Klagbarkeit der bloßen Verträge namentlich in ihren Provinzialrechten[45]). Es ist daher wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die heutige allgemeine Verbindlichkeit der bloßen Verträge eine Reliquie ächter teutscher Sitten sey, und daher aus der Quelle des canonischen Rechts nicht hergeleitet werden könne[46]), wenn gleich dasselbe zur Erhaltung des teutschen Gewohnheitsrechts allerdings mit beygetragen haben kann[47]). Ob nun also gleich in Teutschland von der römischen Eintheilung der Verträge kein Gebrauch zu machen ist, indem vielmehr ein jedes mit Ueberlegung geschehenes Versprechen die vollkommene Verbindlichkeit, es zu erfüllen, nach sich ziehet,

teutschen Treue und Redlichkeit in Schotts jurist. Wochenblatte Th. 4. S. 348. ff.

43) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern IV. Abth. Nr. V. S. 338. ff. der neuesten Ausgabe.

44) Sachsenspiegel 1. B. 7. Art. Schwabenspiegel Kap. 265. §. 1.

45) Mehrere statutarische Rechte führt Griesinger in der mehr gedachten Abhandlung §. 18. an.

46) S. Schilter in Praxi Iur. Rom. Exerc. VIII. §. 5. Wernher Sel. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 380. Mevius P. V. Decis. 407. Müller ad Leyserum T. I. Fasc. II. Obs. 152.

47) Griesinger a. a. O. §. 12.

wenn gleich das römische Recht daraus keine Klage gestatten sollte, so ist doch bey Beurtheilung der heutigen Anwenbarkeit des römischen Rechts in jedem Fall sorgfältig zu prüfen, ob die gerichtliche Unwirksamkeit eines Vertrags nach römischen Rechten blos Folge der römischen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen ist, oder ob sie außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche auch bey uns nicht wegfallen; indem, wenn das letztere ist, solchen Verordnungen des allgemein recipirten römischen Rechts die heutige Anwendung nicht versagt werden kann. Wenn daher z. B. die Verabredung, daß sich der Ehemann des **beneficii competentiae** gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen das Heyrathsgut zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle, nach römischen Gesetzen[48]), ohne rechtliche Wirkung ist; so ist der Grund, weil diese Entsagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nicht aufhebt, vielmehr die Schonung in der strengen Rechtsverfolgung offenbar verletzt, worauf der Ehemann überhaupt wegen der ihm gebührenden Achtung mit Recht Anspruch machen kann, so allgemein und fortdauernd, daß an der heutigen Anwendung gedachter Verordnung sich eben so wenig zweifeln läßt, als wenn die römischen Gesetze das gegenseitige Versprechen, beständig in der Societät oder Gemeinschaft zu bleiben, für unverbindlich darum erklären, weil es billig ist, Zwistigkeiten, soviel möglich, zu verhüten, wozu die Gemeinschaft unaufhörlichen Anlaß gibt[49]). Dahingegen wohl Niemand mit Grunde läugnen wird, daß heutiges Tages die versprochenen Zinsen beym Darlehn vermittelst einer Klage gefordert werden können[50]).

48) *L.* 14. §. 1. *D. Sol. matr.*

49) *L.* 70. *D. pro socio. L.* 5. *Cod. Commun. divid.*

50) Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 83 — 85.

wenn gleich das römische Recht daraus keine Klage gestatten sollte, so ist doch bey Beurtheilung der heutigen Anwendbarkeit des römischen Rechts in jedem Fall sorgfältig zu prüfen, ob die gerichtliche Unwirksamkeit eines Vertrags nach römischen Rechten blos Folge der römischen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen ist, oder ob sie außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche auch bey uns nicht wegfallen; indem, wenn das letztere ist, solchen Verordnungen des allgemein recipirten römischen Rechts die heutige Anwendung nicht versagt werden kann. Wenn daher z. B. die Verabredung, daß sich der Ehemann des **beneficii competentiae** gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen das Heyrathsgut zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle, nach römischen Gesetzen[48]), ohne rechtliche Wirkung ist; so ist der Grund, weil diese Entsagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nicht aufhebt, vielmehr die Schonung in der strengen Rechtsverfolgung offenbar verletzt, worauf der Ehemann überhaupt wegen der ihm gebührenden Achtung mit Recht Anspruch machen kann, so allgemein und fortdauernd, daß an der heutigen Anwendung gedachter Verordnung sich eben so wenig zweifeln läßt, als wenn die römischen Gesetze das gegenseitige Versprechen, beständig in der Societät oder Gemeinschaft zu bleiben, für unverbindlich darum erklären, weil es billig ist, Zwistigkeiten, soviel möglich, zu verhüten, wozu die Gemeinschaft unaufhörlichen Anlaß gibt[49]). Dahingegen wohl Niemand mit Grunde läugnen wird, daß heutiges Tages die versprochenen Zinsen beym Darlehn vermittelst einer Klage gefordert werden können[50]).

48) *L.* 14. §. 1. *D. Sol. matr.*

49) *L.* 70. *D. pro socio. L.* 5. *Cod. Commun. divid.*

50) Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 83 — 85.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, /
Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 4,1

Erlangen 1843

J.rom.c. 137 b-4,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565473-1
VD18 10657126-002